Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Departamento de Direito Internacional

André Nunes Batista
n°USP 4946378

"Copyright e Copyleft:

O Software e o Conhecimento"

Versão 0.1

Tese de Láurea apresentada
como exigência à conclusão
do curso de graduação.

Orientadora: Professora Maristela Basso

São Paulo

2007

Copyright © André Nunes Batista – 2007
contato: andrenbatista@gmail.com

Referência Bibliográfica Indicada: BATISTA, André N., *Copyright e Copyleft: o Software e o Conhecimento*, Tese de Láurea (Apresentada ao Departamento de Direito Internacional da FDUSP em 9.11.2007), versão 0.1, São Paulo, 2007.

Permission is granted to copy, distribute and/or modify this document under the terms of the GNU Free Documentation License, Version 1.2 or any later version published by the Free Software Foundation; with the Invariant Sections being this copyright and licensing notice and the "Anexo", no Front-Cover Texts, and no Back-Cover Texts. A copy of the license is included in the section entitled "Anexo".

Garante-se a permissão para copiar, distribuir e/ou modificar este documento sob os termos da GNU Free Documentation License, Versão 1.2 ou outra posteriormente publicada pela Free Software Foundation; sendo Seções Inalteráveis este aviso de direitos autorais e licença e o "Anexo", sem Textos de Capa ou Contracapa. Uma cópia desta licença pode ser encontrada na seção intitulada "Anexo".

A todos os que tiveram

seus nomes esquecidos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Maristela Basso primeiro por ter me aceitado como orientando e em seguida por sua contribuição ao longo deste ano sem a qual este trabalho não teria sido possível.

Agradeço a todos os demais professores, cujos nomes não cabe aqui citar, que ao longo de minha vida fomentaram em mim a curiosidade, impulso sempre renovado no qual me apóio a cada novo começo.

Agradeço aos meus poucos, porém leais, amigos que me dão a motivação necessária para caminhar e têm sido o desafio constante que me impede de parar.

Agradeço aos meus pais e familiares por tudo.

Agradeço, por fim, àquela que sempre esteve comigo.

SUMÁRIO

1. Introdução.....7

2. A Proteção Jurídica dos Bens Intelectuais.....12

2.1. A Propriedade Intelectual.....12

2.2. A Propriedade Industrial.....14

2.3. O Direito Autoral.....26

3. A Proteção Jurídica do Software.....37

3.1. Conceito de Software.....37

3.2. Breve Histórico.....48

3.3. No Mundo: as Diferentes Propostas.....51

3.3.1. O Copyright.....52

3.3.2. As Patentes de Software.....59

3.3.3. O Segredo de Comércio.....63

3.3.4. O Copyleft.....67

3.4. No Brasil.....73

4. O Desenvolvimento Cooperativo de Software.....76

4.1. O Movimento Pelo Software Livre.....79

4.1.1. História.....79

4.1.2. Conceito: as Liberdades.....83

4.1.2.1. A Liberdade de Usar.....86

4.1.2.2. A Liberdade de Alterar.....91

4.1.2.3. A Liberdade de Compartilhar.....99

4.1.2.4. A Liberdade de Ofertar.....110

4.1.3. Software Livre versus Software Proprietário: Argumentos.....115

4.1.3.1. Software Livre versus Lucro.....115
4.1.3.2. A Questão do Incentivo.....120
4.1.3.3. Sobre o Conceito de Autor 128
4.1.3.4. A Defesa dos Interesses dos Autores e a Questão da Recompensa...130
4.1.3.5. A Pirataria.....134
4.1.3.6. Os Hackers.....148
4.1.3.7. Das Prioridades.....155
4.1.3.8. O Paradoxo.....160
4.1.4. Software Livre e Software com Código-Fonte Aberto.....165
4.1.5. Utopia ou Necessidade?.....168
4.2. Nova Sociedade, Velhas Leis.....172
4.3. A Inteligência Coletiva.....180

5. A Proteção Legal da Empresa de Software e o Ordenamento Jurídico.....196

5.1. Princípios Constitucionais Violados 196
5.1.1. Propriedade ou Monopólio?.....196
5.1.2. Distribuição de Renda e Redução das Desigualdades Sociais.....199
5.1.3. Acesso à Informação, ao Conhecimento e à Cultura.....200
5.1.4. Estímulo à Cooperação.....204
5.1.5. Defesa do Consumidor.....206
5.1.6. Tratamento Favorecido às Empresas de Pequeno Porte.....212
5.1.7. Supremacia do Interesse Público.....214
5.2. A Tutela Jurídica e o Código-Fonte.....215

6. Conclusão: Possibilidades.....219

Bibliografia.....222

Anexo.....234

1. INTRODUÇÃO

> "Quando tiverdes conseguido formar assim a cadeia de idéias na cabeça de vossos cidadãos, podereis então vos gabar de conduzi-los e de ser seus senhores. Um déspota imbecil pode coagir escravos com correntes de ferro; mas um verdadeiro político os amarra bem mais fortemente com a corrente de suas próprias idéias; é no plano fixo da razão que ele ata a primeira ponta; laço tanto mais forte quanto ignoramos a sua tessitura e pensamos que é obra nossa; o desespero e o tempo roem os laços de ferro e de aço, mas são impotentes contra a união habitual das idéias, apenas conseguem estreitá-la ainda mais; e sobre as fibras moles do cérebro funda-se a base inabalável dos mais sólidos impérios." (SERVAN)

O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise crítica da tutela jurídica outorgada aos desenvolvedores de software. O foco, entretanto, não é somente uma reflexão a respeito das peculiaridades da legislação interna ou internacional vigente em matéria de software, mas uma abordagem panorâmica do sistema. Destarte, seu método difere de modo contundente da usual comparação entre os sistemas legais vigentes no Brasil e no exterior ou da contraposição das diferentes correntes doutrinárias ou jurisprudenciais sobre o assunto. Não há qualquer preocupação em realizar um estudo sistemático da lei em vigor, feito artigo por artigo, ou outro modelo semelhante de reconhecimento do campo de estudo aqui trabalhado.

A preocupação central do trabalho é desvendar algumas das relações de poder ocultas detrás do discurso usual de proteção jurídica aos autores de obras intelectuais, em especial, do software. Para tanto, deve-se romper com alguns conceitos geralmente aceitos não somente neste campo específico do

saber, mas que permeiam a ciência jurídica brasileira. O primeiro deles é aquele segundo o qual o direito é uma ciência neutra cujo objetivo é perseguir o justo. Deriva deste, o entendimento comum de que há um processo de evolução legislativa, jurídica ou conceitual dos institutos jurídicos. Seguindo este raciocínio, implicitamente reconhece-se aos direitos um caráter ontológico (são simplesmente dados pela lei), cabendo àqueles que estudam o direito a tarefa única de compreender sua natureza. Por último, parte-se da pressuposição de que a lei em um Estado que se chama Democrático de Direito é de fato o produto da vontade do povo.

Prospera em terras brasileiras uma visão romântica e anacrônica do mundo. Ainda acreditamos que o conhecimento é um desdobramento, um contínuo do objeto de conhecimento. Segundo este pensamento, o conhecimento é o resultado da apreciação sensível e intelectiva do homem dos objetos com que se relaciona. Nada mais desajustado. Entre o conhecimento e o mundo a conhecer não há qualquer ponto de intersecção. Há na verdade uma constante violação, subjugação, invasão, distorção. Nas palavras de M. FOUCAULT[1]:

"E assim como entre instinto e conhecimento encontramos não uma continuidade, mas uma relação de luta, de dominação, de subserviência, de compensação, etc., da mesma forma, entre o conhecimento e as coisas que o conhecimento tem a conhecer não pode haver nenhuma relação de continuidade natural. Só pode haver uma relação de violência, de dominação, de poder e de força, de violação. O conhecimento só pode ser uma violação das coisas a conhecer e não percepção, reconhecimento, identificação delas ou com elas."

O conhecimento é interessado, dista muito de qualquer concepção que se tenha de neutralidade. O entendimento de que somente se pode conhecer e compreender o mundo de forma adequada quando se se distancia das paixões, dos vícios, dos preconceitos e dos interesses é simplório e somente serve como ferramenta de contenção mental dos participantes dessas relações de poder e saber.

Em oposição à idéia geralmente aceita de que o conhecimento é desenvolvido por pensadores, estudiosos e filósofos ascéticos, a realidade é que os verdadeiros atores do conhecimento são políticos,

1 In *La Vérité et les Formes Juridiques*, trad. port. de R. C. M. Machado e E. J. Morais, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Nau, 2005, p. 18.

empresários, líderes, guerreiros em sentido amplo[2]. É através de relações de poder, dominação, conflito e guerra que o saber se desenvolve, não de uma pretensa atividade de contemplação sensorial/intelectual. Enquanto não se apreende esta natureza do conhecimento, do direito, não se pode fazer nada além de críticas superficiais, de mudanças formais, transformações estéticas.

Assim sendo, o conhecimento não tem uma origem do mesmo modo em que uma planta tem, ele é inventado. Novamente, segundo as palavras de M. FOUCAULT[3]:

"A invenção – *Erfindung* – para Nietzsche é, por um lado, uma ruptura, por outro, algo que possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável. Este é o ponto crucial da *Erfindung*. Foi por obscuras relações de poder que a poesia foi inventada. Foi igualmente por obscuras relações de poder que a religião foi inventada. Vilania portanto de todos estes começos quando são opostos à solenidade da origem tal como é vista pelos filósofos. O historiador não deve temer as mesquinharias, pois foi de mesquinharia em mesquinharia, de pequena em pequena coisa, que finalmente as grandes coisas se formaram. À solenidade da origem, é necessário opor, em bom método histórico, a pequenez meticulosa e inconfessável dessas fabricações, dessas invenções."

Não há também unidade no conhecimento, nem ele se desenvolve de forma ordenada, evolutiva, justamente por conta desta sua característica de luta, conflito, guerra. Prevalecem não as idéias mais correta ou precisas, mas aquelas mais eficazes e adequadas à sustentação e exercício do poder dos que encontram-se em posição favorecida no conflito com os demais.

Não é mero acaso ou erro conceitual que aquilo que hoje denomina-se propriedade intelectual tenha inicialmente sido apelidada de privilégio de monopólio comercial. Não foi uma melhor compreensão da natureza destes institutos jurídicos que lhes rendeu novo nome e disciplina jurídica[4].

---

2 "Ora se quisermos saber o que é o conhecimento não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo, própria do filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreenderemos em que consiste o conhecimento." In FOUCAULT, Michel, op. cit., nota 1, p. 23.

3 In FOUCAULT, Michel, op. cit., nota 1, pp. 15 e 16

4 "*The legal representatives of owners of large intellectual property holdings in the 20th century worked very hard to remove the stigma of monopoly from intellectual property. They knew that once the veil of private property was drawn over what was essentially a state-granted monopoly privilege, it would be much harder for public authorities to question the nature of business arrangements that individual competitors reached with each other using those priviledges.*" Tradução

Não foi também a evolução espiritual ou intelectual humana que fez com que a civilização ocidental tenha em dado momento histórico "reconhecido" a "necessidade" de "proteger" os autores de obras intelectuais.

A propriedade intelectual teve um começo vil, mesquinho e sujo. O saber desenvolvido em torno dela está todo calcado nesta invenção baixa ocorrida por razões impuras. Para compreender o estudo que se segue, deve-se abandonar qualquer concepção de eventualidade, neutralidade e acaso. Deve-se também abandonar a idéia de que o saber que se desenvolveu em torno da propriedade intelectual foi o resultado da apreciação passiva de um instituto de natureza ontológica[5]. O conhecimento em propriedade intelectual, assim como em ocorre em qualquer outra área, tem uma serventia muito bem definida, foi construído, não descoberto, foi inventado, não teve origem.

Por razões metodológicas, decidiu-se delimitar este estudo apenas à propriedade intelectual aplicada ao software, ainda que, segundo os mesmos preceitos, possa ser realizada uma crítica mais ampla a todo o sistema de direitos sobre o conhecimento. Mas o inverso também é verdadeiro. Assim como a propriedade intelectual teve um começo mesquinho, também a idéia de aplicá-la ao software é nada mais do que uma invenção interessada, com razões espúrias e inconfessáveis.

A intenção deste estudo é motivar um sentimento de estranheza em relação a estes direitos que

---

livre: Os representantes legais das grandes *holdings* de propriedade intelectual no século XX trabalharam duro para remover o estigma de monopólio dos direitos de propriedade intelectual. Eles sabiam que uma vez que o véu de propriedade privada cobrisse aquilo que era essencialmente um privilégio monopolista concedido pelo Estado, seria muito mais difícil para as autoridades públicas questionar a natureza dos acordos comerciais que competidores individuais realizavam usando tais privilégios. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, New York, New Press, 2007, p. 51.

5 "*Criticism of the organization by outsiders was simply not tolerated. The power to reward was an effective tool in this regard. Those who took positions disliked by WIPO knew that they would not be invited to join WIPO's expert committees and participate in the police formulation process. A door leading to the status and recognition of working for a UN organization would be quietly clicked shut. Those experts who found themselves sharing WIPO's views found themselves in demand. They would be invited to play a role in the international treaty revision process. In this way WIPO over time carefully forged and managed a group of like-minded technical experts who understood WIPO's agendas perfectly.*" Tradução livre: Críticas à organização feitas por terceiros simplesmente não eram toleradas. O poder de recompensar era uma ferramente útil nesse sentido. Aqueles que tomavam posições contrárias àquelas da OMPI sabiam que não seriam convidados a aderir aos comitês de peritos e participar no processo de formulação de políticas. Uma porta para o status e reconhecimento de trabalhar em uma organização parte das Nações Unidas seria silenciosamente trancada. Aqueles peritos que aderiam às mesmas posições da organização eram procurados. Eles eram convidados a participar do processo de revisão dos tratados internacionais. Desta forma, a OMPI ao longo do tempo cautelosamente forjou e manipulou um grupo de peritos técnicos com visões idênticas, os quais entendiam perfeitamente a natureza das reuniões da organização. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 113.

atualmente são tidos como óbvios, necessários e justos. Busca-se romper com análises reducionistas que tomam o sistema como dado e justificam-no através de sua lógica interna de funcionamento. Nenhuma idéia deve ser tida como óbvia, natural. A reflexão não deve pautar-se nos discursos, nos saberes, nos conhecimentos aceitos como verdadeiros sobre o assunto. Não se deve buscar nesta ou naquela corrente de pensamento uma posição. Deve-se antes tentar compreender os efeitos deste sistema, quem são os seus beneficiários, buscar compreender quais pequenas coincidências encontram-se escondidas detrás dos nobres discursos.

Tradicionalmente, os direitos de propriedade intelectual encontram-se separados entre aqueles de natureza patrimonial e aqueles de natureza pessoal (chamados também de direitos morais). É sobre a faceta patrimonial destes direitos que se debruça este estudo, atentando principalmente para a estranha característica de serem estes direitos transmissíveis a terceiros, o que não ocorre com os direitos morais. A justificativa dada é o seu caráter patrimonial. Este discurso, entretanto, deve ser o primeiro a ser desconstruído, em prol de uma compreensão honesta do tema.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS BENS INTELECTUAIS

Se o objetivo deste trabalho é realizar uma análise crítica da proteção jurídica outorgada ao software ou programa de computador[6], é imperativo que se desenvolva, primeiramente, uma análise, ainda que breve, da proteção jurídica dos bens intelectuais como um todo. Esta análise, contudo, seria imperfeita se elaborada apenas com vistas ao seu atual modelo de proteção, sem qualquer atenção ao desenvolvimento histórico do instituto que ora é analisado.

Um estudo crítico deve antes entender as razões pelas quais o instituto jurídico examinado chegou ao presente desenvolvimento, vez que, do contrário, tal estudo seria infecundo por não compreender a motivação própria do objeto ao qual se propôs pesquisar ou então pecaria ao confundir as razões que hoje se levantam para a sua continuidade como sendo aquelas mesmas que um dia lhe deram causa.

Assim, este capítulo tem por objetivo elaborar um panorama histórico geral da chamada propriedade intelectual, o qual servirá de introdução ao capítulo seguinte referente à proteção jurídica do software em especial.

2.1. A Propriedade Intelectual

Antes do início da digressão histórica da propriedade intelectual, deve permanecer claro que existe uma pluralidade terminológica na doutrina[7] para dar nome à mesma matéria, de modo que a

6 Ao longo deste trabalho será privilegiado o uso do termo de origem inglesa "software", em prejuízo da expressão nacional "programa de computador". Esta decisão de maneira alguma foi tomada em atenção a uma preferência por estrangeirismos, mas por aqui se entender que o vocábulo software já se encontra incorporado à língua portuguesa, sendo o seu uso, entre os falantes do português, mais recorrente do que o da expressão prejudicada. Mais ainda, buscando maior tecnicismo no uso dos termos ao longo do presente trabalho, além de o termo software ser aquele usado pelos seus desenvolvedores, a expressão "programa de computador" pode levar à enganosa sugestão de que aqui serão analisados apenas os programas usados em microcomputadores, vez que há hoje, na linguagem popular, uma confusão entre os termos computador e microcomputador. Por fim, fique constado que o vocábulo "software" já foi incorporado à língua portuguesa. In Houaiss, Antônio, *Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva , 2001, pp. 2599.

7 J. G. Cerqueira menciona, além desta, as expressões direito de autor, direito autoral, propriedade imaterial,

escolha da expressão "propriedade intelectual" deve ser justificada pelo entendimento de que, a princípio[8], é esta a que melhor descreve a natureza dos bens atinentes a este ramo do direito, que são os produtos do engenho intelectual humano, bem como por ser esta a expressão que ficou consagrada no âmbito internacional[9].

A propriedade intelectual é o ramo do direito privado no qual tradicionalmente se enquadram os direitos do autor e a propriedade industrial[10]. Este ramo do direito tem ligações fortíssimas com diversos outros ramos do direito tais como o direito civil, o direito comercial e o direito internacional. Todavia não há consenso na doutrina[11] a respeito de sua subordinação a algum destes ramos ou até mesmo em uma possível autonomia do ramo da propriedade intelectual.

Apesar de atualmente alguns autores considerarem ultrapassada esta divisão da propriedade intelectual em direitos autorais e propriedade industrial[12], para facilitar a compreensão deste trabalho, nele será mantida a divisão. A propriedade industrial e o direito autoral, porém, não são subdivisões realizadas de forma meramente didática dentro do ramo da propriedade intelectual. Antes, ambos foram ramos do direito que tiveram início em épocas distintas e desenvolveram-se autonomamente ao longo da história, os quais, posteriormente[13], foram agrupados dentro do gênero da propriedade intelectual por

direitos intelectuais, direitos imateriais ou ainda direitos sobre bens imateriais, todas como expressões equivalentes. In *Tratado da Propriedade Industrial*, Vol. I, 2a. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 50-51.

8 Ao longo deste estudo será feita uma crítica aos discursos ocultos por esta denominação.

9 O que se comprova pelo próprio nome que recebeu a WIPO – World Intellectual Property Organization (em português: OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Ressalte-se que alguns críticos da propriedade intelectual querem mudar o nome da organização e para isto estão colhendo assinaturas por todo o mundo para que ela passe a chamar-se WIWO – World Intellectual Wealth Organization. Fonte: http://fsfeurope.org/documents/wiwo.en.html.

10 J. G. Cerqueira divide a matéria entre propriedade literária, artística e cientifica contraposta à propriedade industrial e entende que a expressão direito de autor designa a mesma matéria a qual chamamos de propriedade intelectual. In op. cit., nota 7, p. 52.

11 J. G. Cerqueira considera a propriedade intelectual como uma matéria autônoma dentro do ramo do direito chamado de Direito Industrial, o qual faz parte do direito privado ao lado do Direito Civil e do Direito Comercial. O autor menciona que em alguns países este ramo não logrou alcançar a autonomia didática, o que faz com que a propriedade industrial seja estudada em conjunto com o Direito Comercial ao passo que a propriedade literária, artística e científica é estudada como especialidade do Direito Civil. Para o autor, inclui-se "no quadro do Direito Industrial, a propriedade intelectual, compreendendo a propriedade literária, artística e científica e a propriedade industrial, a regulamentação geral do trabalho e a sua organização particular, bem como tudo o que se relaciona com a indústria em sentido restrito, excluída a matéria estritamente comercial." In op. cit., nota 7, pp. 53 e 162. D. G. Domingues nega a pretensa autonomia do Direito Industrial, dizendo que esta divisão subsiste apenas para satisfazer critérios didáticos. In *Direito Industrial: Patentes*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 70.

12 In Basso, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 47 – 55.

13 Ao que tudo indica a expressão propriedade intelectual foi usada pela primeira vez por uma corte estadunidense

partilharem o fim de proteger a produção intelectual, mas durante muito tempo ainda permaneceram distintos dentro deste ramo[14]. Desta forma, inicialmente seu estudo deve ser realizado de forma apartada para apenas em um momento futuro serem combinados dentro daquilo que se chama propriedade intelectual.

Uma vez que a proteção jurídica do software no Brasil e no mundo é feita pelo regime dos direitos de autor ou *copyrights*[15], o mais lógico é que a análise da propriedade industrial seja feita em primeiro lugar, para que flua o raciocínio livremente após iniciarmos o tratamento dos direitos de autor.

2.2. A Propriedade Industrial

Embora dentre os romanos já existisse a noção do conceito de bem incorpóreo, *quae tangi non possunt*, o seu direito apenas protegia a coisa tangível resultado da invenção intangível, de modo que o possuidor do objeto poderia repeti-lo e reproduzi-lo. Portanto, não há que se falar na propriedade

em um caso de Outubro de 1845, no Estado de Massachussetts, conhecido como caso Davoll et al contra Brown, no qual o juiz Charles L. Woodbury, sentenciando, escreveu que "*only in this way can we protect* intellectual property*, the labours of the mind, productions and interests as much a man's own.... as the wheat he cultivates, or the flocks he rears.*" Tradução livre: somente assim nós podemos proteger a *propriedade intelectual*, os labores da mente, as produções e os interesses o quanto a um homem é devido... assim como o trigo que ele cultiva ou os carneiros que ele cria - grifo nosso. In Woodury & Minot, CCD Mass. 7 F. Cas. 197, 1845. Porém, o primeiro doutrinador a utilizar a expressão com a intenção de implicar o gênero ao qual pertencem os direitos autorais e a propriedade industrial foi o autor francês A. Nion em sua obra "Droits Civils des Auteurs, Artistes et Inventeurs". Fonte: http://en.wikipedia.org/wiki/Intellectual_property. É bem verdade, contudo, que esta união das matérias não é pacifica no Brasil, em decorrência da própria negligência a que foi relegado o estudo destas áreas do direito.

14 "Malgrado a natureza idêntica de seu objeto, a propriedade literária, artística e cientifica e a propriedade industrial possuem domínios próprios, perfeitamente delimitados pela natureza especial das obras e produções que se incluem num e noutro desses ramos da propriedade imaterial, motivo por que podem ser estudadas separadamente, e com certo critério de autonomia. Esses domínios são inconfundíveis, traçando-se o caráter artístico ou industrial da criação. Somente este critério pode ser adotado para discriminar o campo de aplicação das leis que regulam a propriedade literária, artística e cientifica e das que regem a propriedade industrial, porque, posta de lado esta distinção, todas as produções do espírito reduzir-se-iam a uma só categoria das produções intelectuais." In Cerqueira, João da Gama, op. cit., nota 7, p. 56. Esta distinção, contudo, é tênue, como fica claro a partir da própria proteção do software dentro do direito autoral, não da propriedade industrial como seria de se supor. Existe, como ressalta o autor citado na continuação do trecho, uma *zona de grigia* onde estes ramos se fundem.

15 Cabem aqui duas observações: (i) aquilo a que os países de tradição civilista chamam de direito de autor não é, em exatidão, o mesmo que os países da *common law* chamam de *copyright*, fato melhor analisado no capítulo 2.3.; (ii) existe uma tendência nos Estados Unidos em buscar uma proteção pelo regime de patentes ao software, mas esta não é absolutamente a regra no âmbito internacional, fato também discutido no capítulo 3.3.2.

industrial no direito da Roma Antiga. Tais direitos de propriedade industrial foram inventados apenas durante a Baixa Idade Média sob a forma de privilégios concedidos como liberalidade soberano em favor de algum de seus súditos.

O mais antigo privilégio de que se tem notícia foi concedido no ano de 1236 d.C. pelo Município de Bordeaux a Bonafusus de Sancta Columbia e Companhia, para tecer, calandrar e tingir tecidos de lã e costumes ao modo flamengo, francês e inglês pelo prazo de 15 (quinze) anos, com exclusividade. A este seguiram outros, como aquele concedido em 1331 pelo Rei Edward III da Inglaterra a John Kempe, tecelão flamengo, para que este introduzisse, na Inglaterra, a indústria tecelã, bem como aqueloutro em 1336 concedido ao mesmo John Kempe para a fabricação de brabante naquele território[16].

O primeiro detalhe que prende a atenção é o fato de que aquilo que hoje denominamos propriedade industrial, talvez por entendermos que seu conceito é vizinho daquele do direito real de propriedade sobre coisa tangível, outrora fora inventado sob a alcunha de privilégio. Mais ainda, longe de qualquer conexão com o conceito de propriedade, este privilégio era entendido como um monopólio sobre determinada atividade comercial, concedido a título de honraria para eminentes cidadãos[17]. Apenas mais tarde, quando finda a Idade Moderna, mais precisamente em 1791, na França, é que tais privilégios, que já haviam sido restringidos apenas àqueles de invenção e não mais eram concedidos a todo e qualquer monopólio que o arbítrio do soberano e a ganância do súdito pudessem imaginar, identificaram-se com o direito real de propriedade.

Com efeito, a primeira lei francesa de propriedade industrial de 19 de janeiro de 1791, em seu artigo primeiro, rezava que "toda descoberta ou invenção nova, de todos os gêneros de indústria, é *propriedade* de seu autor" (grifo nosso)[18]. As luzes agora se deslocam da palavra privilégio, que dantes evocara atenção, e movem-se não direção ao já consagrado termo propriedade, mas ao ano, 1791.

Não sendo esta uma tese dentro da disciplina de História, não deve ousar adentrar em

16 In Domingues, Douglas Gabriel, op. cit., nota 11, pp. 2 e 3.

17 Forçoso transcrever: "Foi na Inglaterra que a concessão de privilégios adquiriu forma estruturada com a real concessão de patentes. As *Literal Patents* eram cartas abertas a todos os súditos do reino e forma usual de conceder honrarias, dignidades e direitos exclusivos de compra, venda, fabricação de algum produto, ou ainda direitos de monopólio às guildas ou eminentes cidadãos. Em 1582, por exemplo, concedeu o rei o monopólio do sal a William Harebrown, 'para alívio da decadência de sua fortuna, atribuída a perdas no mar.'" In Domingues, Douglas, Gabriel, op. cit., nota 11, p. 9.

18 In Domingues, Douglas Gabriel, op. cit., nota 11, pp. 14.

profundidade neste ramo do conhecimento. Entretanto, tal ano em tal país certamente roga atenção à revolução que marcou o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea, com guilhotinas trabalhando sem cessar decapitando nobreza, realeza, clero ou qualquer outro estamento que rogasse a si quaisquer privilégios.

Assim sendo, todos os privilégios deveriam ser extirpados da sociedade francesa, bem como o seriam em toda a civilização ocidental a partir de então[19]. Porém essa revolução, deve-se ressaltar, foi uma revolução burguesa, de modo que não poderia pelejar contra os interesses próprios desta classe mercantil, muito interessada em manter seu poderio econômico. Desta forma é que foi extinto o privilégio de invenção, juntamente com todos os demais privilégios, mas não sem nascer em seu lugar a propriedade sobre os bens imateriais[20].

Logo se percebe que, quando de sua invenção, os direitos de propriedade industrial não tiveram uma fundamentação ou legitimação filosófica simplesmente porque não eram direitos[21], mas privilégios, os quais não se justificam, apenas são concedidos de acordo com o arbítrio daquele que tem poder para tanto[22]. Contudo, o desenvolvimento tecnológico e cultural da sociedade ocidental durante e após o século das luzes iniciou um processo de crescente conscientização do indivíduo e da sociedade, que acarretou a necessidade de uma reformulação do discurso do poder, que pela primeira vez via a sua legitimidade questionada[23].

---

19 Tal era a importância da extinção de todo e qualquer privilégio dentro da sociedade francesa que a Constituição Francesa do ano de 1791 trazia já em seu preâmbulo a determinação de que "*Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français.*" Tradução livre: Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses.

20 "(...) a vontade da consciência jurídica, exigência econômica e social para restabelecer o privilégio como direito do inventor, não o faria sob a forma antiga, com a mesma figura e o *nome abominável.* O privilégio foi reconhecido como direito natural do inventor sobre o resultado de sua atividade inventiva, e não poderia ser tutelado de forma outra que não o direito absoluto de gozo, direito de propriedade." (grifos nossos). In Domingues, Douglas Gabriel, op. cit., nota 11, pp. 14 e 15.

21 A não ser que se considerem direitos do soberano: "*As with copyright the source of patents lay in the right of the monarchs to grant exclusive trade privileges to chosen subjects*." Tradução livre: Assim como nos direitos autorais, a origem das patentes encontra-se no direito dos monarcas de outorgarem privilégios comerciais exclusivos sobre campos escolhidos. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.34.

22 Nesse sentido, J. G. Cerqueira relata que "não havia, porém, igualdade, nem justiça na concessão desses privilégios, que resultavam em mercês ou em favores pessoais, e não no reconhecimento de qualquer direito, e dependiam exclusivamente do arbítrio do impetrante." In op. cit., nota 7, pp. 81.

23 Anteriormente já houvera autoridades individualmente questionadas quanto a legitimação de seu poder, esta, contudo, foi a primeira vez na história da humanidade em que a própria estrutura do poder foi questionada necessitando

Com isso, surgiu a necessidade de buscar justificação para as instituições da sociedade, de que não se viu livre o privilégio de invenção. Uma vez que os vocábulos privilégio e monopólio carregam uma alta carga semântica de desigualdade e sendo a igualdade um dos três lemas da Revolução Francesa[24], conveio buscar uma reestruturação completa deste instituto, se se intentava a sua sobrevivência à revolução.

Porém, não se poderia reestruturar o instituto em si, senão ele perderia a sua utilidade, de modo que convinha apenas uma mudança em sua roupagem para torná-lo socialmente aceitável. Todavia, não se deveria menosprezar o potencial destrutivo de futuras críticas que poderiam recair sobre este privilégio remanescente dos tempos em que o arbítrio era soberano. Logo, sua nova roupagem deveria não apenas mascará-lo, como também fortificá-lo contra futuros ataques. Pensando assim, não é de se surpreender que o abrigo deste instituto veio a ser justamente o maior e mais importante fundamento da sociedade burguesa, o direito de propriedade[25].

---

justificar a sua necessidade e conveniência. Revoluções eclodiram por toda a parte durante um longo lapso temporal e filósofos surgiram para tentar explicar o fundamento do poder, sua utilidade, bem como a forma ideal de estruturação de suas relações. Porém, não faltaram aqueles que, como Karl Marx, atacaram-no ferrenhamente tentando derrubar todas as bases sobre as quais a sociedade se sustinha.

24 *Liberté, Egalité et Fraternité* (Liberdade, Igualdade e Fraternidade).

25 Para que não se menospreze a força do abrigo dentro do qual se escondeu o antigo privilégio de inventor na nova sociedade que os franceses principiavam por construir, cabe aqui a transcrição do artigo segundo da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789), o qual segue:

"*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.*" Tradução livre: A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Analisando o texto da Declaração, torna-se evidente o peso do direito de propriedade dentro da nova sociedade. Sua força é tamanha que este direito é colocado ao lado da liberdade e antecede até mesmo os direitos à segurança e à resistência à opressão. Não há como negar que dentre os institutos jurídicos dentro dos quais poderia receber guarda o velho privilégio de invenção, o direito de propriedade certamente era o mais adequado, tendo em vista seu vigor dentro da mentalidade desta nova sociedade burguesa que surgia. E para que não reste dúvida quanto à sua magnitude dentro desta sociedade, transcreve-se aqui o artigo décimo sétimo e último desta mesma declaração:

"*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*" Tradução livre: Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, dela ninguém pode ser privado, salvo quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir evidentemente e com a condição de uma justa e prévia indenização.

Convém ressaltar aqui que apesar das muitas mudanças ocorridas desde então, a civilização ocidental (quiçá mundial) hodierna permanece sendo fundamentalmente burguesa, com princípios e fins burgueses de modo que a propriedade permanece hoje um forte abrigo ao antigo privilégio. Pode-se mesmo alegar que agora encontra-se fortalecido, vez que a sociedade burguesa encontra-se consolidada, diferentemente do que ocorria naqueles tempos de transição. Note-se que a nossa Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de propriedade no seu artigo 5°, inciso XXII, dentre os

Criou-se, assim, algo até então inédito, a propriedade sobre coisa imaterial. Talvez aos olhos de um indivíduo pertencente à contemporaneidade isto já se tenha tornado tão natural que já não lhe cause qualquer espanto, da mesma forma que em outros tempos achou-se ser natural que pessoas pudessem ser objeto do direito de propriedade (filhos ou escravos)[26]. Entretanto, essa estranheza deve estar presente aos olhos daquele que estuda o direito e conhece a natureza jurídica do direito de propriedade[27].

O direito de propriedade é o mais amplo dos direitos reais caracterizado pelo tripé: absoluto, exclusivo e perpétuo[28]. Assim sendo, o proprietário tem, sobre a coisa possuída, um direito que é absoluto como todos os direitos reais, não apenas por ser, como estes, oponível contra todos (*erga omnes*), mas também por ser o mais amplo direito que um indivíduo pode ter sobre um objeto. Através deste direito o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor livremente de seu bem sem sofrer quaisquer constrições por parte de terceiros[29], tal como pode reavê-lo de quem quer que injustamente o detenha[30].

---

direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

26 Convém citar: "essas idéias, por exemplo, a de que a propriedade constitui um direito (subjetivo), são comunicadas pela linguagem natural, trazem a carga de uma ilusão lingüística: a de que todas as palavras designam coisas, objetos empiricamente identificáveis como substâncias. Basta, porém, um mínimo de reflexão para ver-se que essa ilusão não pode servir de base para a conceituação rigorosa de direito subjetivo" In Ferraz Jr.,Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 4a. Ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 149. O discurso facilita a dominação, de modo que criando a idéia de que existe um direito subjetivo do indivíduo à propriedade industrial (ou intelectual) sobre aqui que "cria", inibe o pensamento crítico por parte da comunidade.

27 "*The reason for this is that IP is not technically property at all, but a limited-term monopoly right to the piece of information concerned.*" Tradução livre: A razão disto é que a propriedade intelectual, tecnicamente conceituada, não é de modo algum propriedade, mas um direito de monopólio de uma informação por um prazo limitado. In Davies, William, e Withers Kay, *Public Innovation: Intelectual Property in a Digital Age*, relatório do Institute for Public Policy Research (IPPR) do Reino Unido, 2006, acessível pelo site http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=495, p. 12.

28 In Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*, 4o. vol., 4a. Ed., Saraiva, São Paulo, 1987, pp. 87 e 88. Também in Monteiro, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*, 3o. Vol., 19a. Ed., Saraiva, São Paulo, 1979, pp. 89 e 90.

29 Claramente que este direito em nossa sociedade já não representa o mesmo absoluto que nos tempos da Roma Antiga, podendo ser limitado em razão do interesse público ou da coexistência com o direito de propriedade de outros titulares. In Diniz, Maria Helena, op. cit., nota 28, pp. 87.

Nossa lei pátria limitou o direito de propriedade já em nível constitucional quando em seu artigo 5° dispôs que:

"XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano".

30 Artigo 1228 do Código Civil.

Este direito é também exclusivo e com isso quer-se implicar que a mesma coisa não pode pertencer de forma exclusiva a mais de um indivíduo. Sua exclusividade é um desdobramento da faculdade que tem o proprietário de exercer seu domínio de forma não concorrente com direitos de terceiros[31].

Por fim, este direito é também perpétuo, o que implica o fato de que a propriedade subsiste independentemente do seu exercício por parte do titular e pode ser transmitida indefinidamente aos seus sucessores e aos sucessores destes, sem jamais desaparecer[32], ao menos enquanto o proprietário quiser e existir a coisa objeto de seu direito de propriedade.

Destarte, não é preciso estar muito atento para perceber que aquilo que hoje denominamos propriedade industrial de forma alguma se enquadra no trilema definidor do instituto jurídico da propriedade.

Começando pela última de suas características, a perpetuidade, não a encontramos em qualquer dos direitos de propriedade industrial ou mesmo nos direitos autorais. Todos eles sofrem limitações no tempo nascem predestinados à morte[33]. E aqui ocorre a extinção do direito propriamente dito, o qual não

---

31 Como elucida M. H. Diniz, a co-propriedade ou o condomínio não são exceções a esta característica, apenas ocorre que os condôminos são conjuntamente titulares deste direito, o que implica apenas em uma divisão abstrata d bem em quotas ideais. In op. cit., nota 28, pp. 87.

32 Note-se que, quando o proprietário transmite sua propriedade sobre determinado bem, o que ocorre não é a extinção do direito de propriedade, mas a mera transmissão desta mesma propriedade a um terceiro. Poderia objetar-se que na lei existe uma limitação temporal a esta perpetuidade, qual seja, a usucapião (artigo 1238 do Código Civil). Observe-se, contudo, que mesmo nesta hipótese a propriedade não foi extinta. Apenas ocorre a perda do direito de propriedade daquele que originalmente o detinha, o que ocorre sem o seu consentimento, mas a propriedade de forma alguma se dissolve, tanto que o *caput* do artigo citado menciona que o adquirente pode requerer ao juiz que declare a aquisição da propriedade em sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Prova de que a usucapião não é forma de extinção do direito de propriedade é ter sido ela disciplinada dentro do capítulo que trata da "aquisição da propriedade" ao lado da aquisição por registro de título de traslado, servindo, pois, para adquirir a propriedade e não extingui-la. A propriedade daquele que foi usucapido não se extingue, transmite-se a outrem.

Outra objeção que poderia ser levantada contra esta perpetuidade seria a derrelicção ou o abandono da coisa. Entretanto, o proprietário que abandona bem seu tem para com este objeto a mesma intenção que tem aquele que a destrói, de modo que pode-se entender que aquilo que foi abandonado encontra-se na mesma situação jurídica daquilo que foi destruído, pois o direito não tem por aquele qualquer interesse, ambos inexistem para o direito.

33 Lei de Propriedade Industrial, Lei 9279 de 14 de maio de 1996:

"Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito;

Art. 108. O registro (*de desenho industrial*) vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada;

Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos."

mais poderá fazer parte do rol de direitos de qualquer sujeito e esta morte vem prevista na própria lei. Mais ainda, excetuando-se a propriedade sobre marcas, nem o titular do direito de propriedade industrial nem seus sucessores podem realizar quaisquer atos para a manutenção de seus direitos, em completa oposição ao que ocorre com a propriedade tradicional que se perpetua indiferente aos atos do seu titular. Como já dito, enquanto existir a coisa existirá o direito de propriedade sobre ela. No capítulo 4.1.3.2. discute-se o motivo por que existe esta limitação temporal aos direitos de propriedade intelectual,

---

Lei de Direitos Autorais, Lei 9610 de 19 de fevereiro de 1998:

"Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1o. de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil."

Lei do Software, Lei 9609 de 19 de fevereiro de 1998:

"Art. 2o., parágrafo 2o. Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinqüenta anos, contados a partir de 1o. de janeiro do ano subseqüente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação."

Como se percebe, o único dos direitos de propriedade intelectual que poderia, em tese, ser prolongado perpetuamente é a propriedade sobre as marcas. Contudo, note-se que esta perpetuidade é diferente daquela do direito de propriedade tradicional, vez que ela depende da ação contínua do seu titular para renovar o direito, perecendo o direito se não o fizer.

E que não se pense que esta limitação temporal aos direitos de propriedade intelectual é uma particularidade do direito positivo brasileiro. Os acordos internacionais a respeito da matéria também prevêem tal limitação temporal.

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS):

"*Article 12*

Whenever the term of protection of a work, other than a photographic work or a work of applied art, is calculated on a basis other than the life of a natural person, such term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorized publication, or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year of making" Tradução livre: Quando a duração da proteção de uma obra, não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subseqüentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização;

"*Article 14, Item 5*

The term of the protection available under this Agreement to performers and producers of phonograms shall last at least until the end of a period of 50 years computed from the end of the calendar year in which the fixation was made or the performance took place. The term of protection granted pursuant to paragraph 3 shall last for at least 20 years from the end of the calendar year in which the broadcast took place" Tradução livre: A duração da proteção concedida por este Acordo aos artistas-intérpretes e produtores de fonogramas se estenderá pelo menos até o final de um prazo de 50 anos, contados a partir do final do ano civil no qual a fixação tenha sido feita ou a apresentação tenha sido realizada. A duração da proteção concedida de acordo com o parágrafo 3º será de pelo menos 20 anos, contados a partir do fim do ano civil em que a transmissão tenha ocorrido;

"*Article 18*

Initial registration, and each renewal of registration, of a trademark shall be for a term of no less than seven years. The registration of a trademark shall be renewable indefinitely" Tradução livre: O registro inicial de uma marca, e cada uma das renovações do registro, terá duração não inferior a sete anos. O registro de uma marca será renovável indefinidamente;

"*Article 26, Item 3*

The duration of protection available shall amount to at least 10 years (Industrial designs)" Tradução livre: A duração da proteção outorgada será de, pelo menos, dez anos (desenho industrial).

"*Article 33*

inexistente em seu irmão direito de propriedade. Neste momento interessa-nos apenas chamar atenção para a disparidade entre ambos os institutos a fim de ressaltar a incoerência e conveniência de se chamar de propriedade o antigo privilégio monopolista.

A segunda das características que acima enunciamos do direito de propriedade é sua exclusividade. Aqui também há uma disparidade entre a propriedade tradicional e a propriedade industrial, todavia, sua elucidação pode ser um pouco mais delicada, pois a propriedade industrial também possui uma espécie de exclusividade, a qual, contudo, difere daquela do direito de propriedade ordinário. Com efeito, é inerente ao direito de propriedade tradicional uma exclusividade absoluta do proprietário ao uso da coisa ao passo que à propriedade industrial é inerente aquilo que chamaremos de "exclusividade de uso comercial".

A exclusividade do proprietário de bem tangível é uma necessidade lógica do conceito próprio de propriedade. Se não existisse esta exclusividade, e o proprietário fosse obrigado a suportar que terceiros usassem coisa sua, a própria propriedade desapareceria difundida em direitos da coletividade.

Como exemplo, imagine-se a situação: o sujeito de direitos A é proprietário de um determinado CD C. Contudo, segundo o ordenamento jurídico de seu país, Alfabeto, no exercício do direito de propriedade que tem sobre a seu CD, A deverá suportar o seu uso também por parte de B, D e E, bem como de todos os demais cidadãos de Alfabeto, que, note-se, não são co-proprietários do CD C, quando lhes convier usá-la. Assim, se chegar em sua casa e quiser ouvir o CD antes de dormir e descobrir que D esta ouvindo, A não poderá reclamar seu CD de volta, visto que D tem direito de ouvi-lo também. Desta forma, A terá que dormir sem ouvir seu CD e somente poderá utilizá-lo novamente quando D não mais o detiver consigo e isto se se presumir que ninguém mais o fará antes que A o reavenha.

Ora, salta aos olhos que o direito de propriedade de A vale o mesmo que nada, já que poderia alienar sua propriedade e continuaria tendo sobre o CD os mesmos direitos que antes detinha, vez que também é um dos cidadãos de Alfabeto. Por isso é que a exclusividade é uma *conditio sine qua non* do conceito de propriedade, já que se ela não existir o proprietário poderá ver-se privado de uso e gozo de

---

The term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date (patent)" Tradução livre: A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito – patente.

Ver também: TRIPS, artigo 38, 1; Convenção de Berna, artigo 7, 1.

sua propriedade e não terá meios para reavê-la de quem a detém, destruindo-se, assim, a própria propriedade[34].

Em contrapartida, a propriedade industrial não sofre do mesmo problema. O CD foi desenvolvido pela multinacional de origem japonesa Sony no início da década de oitenta do século XX. Tratou, então, de patentear sua invenção, adquirindo, assim, a propriedade industrial sobre o CD. Contudo, se A resolver criar uma empresa com seu amigo B, empresa A.B. Ltda., com o objetivo social de desenvolver, industrializar e comercializar CDs, a Sony não ficará obrigada a fechar suas portas e aguardar que A.B. pare de usar o seu *knowhow*, para que possa voltar a utilizá-lo. Ambas as empresas podem usar aquele conhecimento simultaneamente sem que o uso de uma impeça, dificulte ou atrapalhe o uso pela outra[35].

Da mesma forma, se A obtivesse acesso ao conhecimento necessário para o desenvolvimento do CD e utilizasse tal conhecimento para realizar um aprimoramento desta tecnologia, a Sony também não ficaria impedida de desenvolver aprimoramentos outros ao CD[36]. Basicamente, quer-se dizer que dois ou mais indivíduos não podem, simultaneamente, usar e gozar plenamente de um mesmo CD físico, mas

---

34 Nesse sentido: "*(...) there is a difference between guaranteeing persons their right to exclude others from using their Cadillac and excluding others from using the times tables. If someone else is allowed to use my Cadillac, that reduces the value of my property, indeed may totally deprive me of its use when I need it. In contrast, if someone else uses times tables, my use of them is in no way compromised. It would be morally wrong to give someone an intellectual property right in the times tables because that would artificially deprive those who could not afford to pay of something basic to their right to education.*" Tradução livre: (...) existe uma diferença entre garantir a uma pessoa o seu direito de excluir os demais e usarem o seu Cadillac e excluir os demais de usarem a tabuada. Se a um terceiro é permitido usar meu Cadillac, isto reduz o valor da minha propriedade, na verdade provavelmente irá me despir completamente do seu uso quando eu dele precisar. Por outro lado, se um terceiro faz uso da tabuada, meu uso não estará de qualquer forma comprometido. Seria moralmente injusto conceder um monopólio a alguém sobre a tabuada, pois isto artificialmente retiraria daqueles que não têm condições econômicas para pagar o seu direito à educação. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 200.

35 "*Knowledge that is useful can be used over and over again without any individual consumer depriving another of the use of that knowledge.*" Tradução livre: O conhecimento que é útil pode ser usado indefinidamente sem qualquer perda individual causada pelo consumo alheio do conhecimento. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 42.

36 Esta diferença entre o CD físico e o conhecimento necessário a fabricação dele é explicada pelo conceito econômico de bem rival. Para os economistas, um bem será considerado rival quando a sua utilização por um indivíduo necessariamente excluir os demais indivíduos deste gozo. O conhecimento, entretanto, é um bem não-rival, vez que poderá ser utilizado simultaneamente por tantos quantos forem os indivíduos sem que haja qualquer interferência ou déficit no uso deste bem. Note-se aqui que, ao utilizarem o mesmo conhecimento, A e Sony eventualmente competirão em um mesmo mercado e a cada um deles a presença do competidor será um obstáculo à otimização dos lucros. Contudo, tal fato é dissemelhante à competição de uso que caracteriza os bens rivais. Na presente situação, ambos os competidores estarão utilizando o conhecimento que detém em seu potencial máximo, do modo que melhor forem capacitados a fazê-lo. A competição não se dá pelo uso daquele conhecimento, mas pelo mercado dos produtos fruto de sua utilização.

podem fazê-lo com o conhecimento tecnológico necessário à produção daquele CD, sem qualquer distúrbio mútuo[37].

Assim sendo, contrariamente ao que ocorre com a propriedade tradicional, a exclusividade não é *a priori* lógico à existência da propriedade industrial. Ao contrário, a exclusividade da propriedade industrial é artificialmente criada pela lei, mas de forma muito menos ampla do que a tradicional. Essa nova exclusividade consiste basicamente em um monopólio do uso comercial do conhecimento. Assim, qualquer um poderá ter acesso à carta patente[38] e deter em sua mente ou mesmo em forma escrita aquele conhecimento, sem que o proprietário tenha a faculdade de reaver daquele que o detém, mas apenas aquele é quem poderá utilizar, principalmente comercialmente, tal conhecimento, pelo que podemos chamar esta exclusividade de "comercial"[39].

Por último, tem-se o absoluto, enquanto característica básica do direito de propriedade. Já foi dito acima que esta característica em nossos dias encontra-se atenuada, em razão do entendimento de que a propriedade é uma garantia concedida individualmente com vistas a suprir uma finalidade social, de modo que o proprietário não pode usá-la (ou deixar de) a seu bel prazer sem atentar para os direitos e interesses de terceiros[40]. Contudo, este absoluto vê-se ainda mais restrito na propriedade industrial, uma vez que o proprietário deve fazer uso comercial de sua invenção se quiser evitar que outros o façam. Do contrário, qualquer um poderá requerer do Estado uma licença compulsória[41].

---

37 "*Knowledge provides an example of the characteristic of being non-rivalrous in consumption. My use of the knowledge of method of mouth-to-mouth resuscitation to save a life does not 'consume' the knowledge; it remains available for others to use. (...) From the point of view of individual profit making, knowledge is the ideal object of propertization since it is non-rivalrous in supply. The same knowledge can be endlessly recycled to many generations of consumers, each generation having to pay for its use.*" Tradução livre: O conhecimento é um exemplo da característica da não rivalidade no consumo. O meu uso do método de respiração boca-à-boca não consome o conhecimento; ele permanece disponível para outros dele fazerem uso. (...) Do ponto de vista do lucro individual, o conhecimento é o objeto ideal para a apropriação, vez que é uma fonte não-rival. O mesmo conhecimento pode ser eternamente reciclado para muitas gerações de consumidores, cada uma delas devendo pagar pelo seu uso. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, nota 4, pp. 215 e 216.

38 Note-se que a expressão original, *Literal Patent*, tinha justamente o significado de uma carta aberta ao conhecimento de todos.

39 Considerando aqui que o uso privado individual do conhecimento, por sua pequena dimensão, não interessa ao direito.

40 Exemplo de restrições ao seu uso absoluto podem ser encontrados no capítulo V, do Título III, do Livro III do Código Civil, referente aos direitos de vizinhança.

41 Código de Propriedade Industrial:

"Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

Assim, diversamente do que acontece com o proprietário tradicional, o proprietário industrial não deve apenas usar e gozar de sua propriedade sem desrespeitar direitos de terceiros, ele deve, antes, usufruir de sua propriedade segundo uma orientação específica, que é suprir o mercado com aquela tecnologia até o limite das necessidades deste. Ou seja, o proprietário industrial não pode deixar de empregar seu conhecimento ou nem ao menos pode determinar em qual escala o utilizará. Deverá utilizá-lo estritamente para satisfazer as exigências do mercado, mesmo considerando-se que o mercado até então sobreviveu tão bem sem ele e, portanto, não se pode propriamente dizer que estaria de alguma forma sendo prejudicado pela ausência do emprego deste novo conhecimento.

Vemos, assim, que, ao ser ocultado o privilégio dentro da propriedade, foi criado um problema que logo os juristas teriam de encarar: como fundamentar e conceituar juridicamente este direito? Esta é uma das possíveis razões para que, a partir do século XIX, começassem a surgir diversos estudiosos que buscassem a legitimação última deste novo direito de propriedade, o qual é tão diverso da propriedade tradicional. Surgiram, assim, as mais diversas teorias foram propostas como tentativas de explicar o assunto, além daquelas que se mantiveram firmes na conceituação da propriedade industrial como um novo direito real.

A diversidade entre as teorias é tal que a propriedade industrial chegou a ser dita: (i) um direito obrigacional, com teorias que alicerçadas na existência fictícia de um contrato tácito entre inventores e

---

§ 1o. Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer as necessidades do mercado."

TRIPS:

"*Article 31, k:*

Members are not obliged to apply the conditions set forth in sub-paragraphs (b) and (f) where such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive. The need to correct anti-competitive practices may be taken into account in determining the amount of remuneration in such cases. Competent authorities shall have the authority to refuse termination of authorization if and when the conditions which led to such authorization are likely to recur" Tradução livre: Os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos "b" e "f" quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anti-competitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anti-competitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciaram forem tendentes a ocorrer novamente).

Ver ainda: TRIPS artigos 30 e 31 completos.

sociedade[42] ou mesmo uma obrigação *ex delicto*[43]; (ii) um novo direito personalidade (exaurindo, assim, a tradicional divisão dos direitos entre reais, obrigacionais e pessoais) que só eventualmente poderia derivar algum direito patrimonial[44]; (iii) um direito *sui generis* sobre os bens intelectuais[45] (destacando-se como defensores desta teoria os autores europeus PICARD e KOHLER)[46]; (iv) ou mesmo um direito trabalhista[47]. Todas estas teorias vieram tentar substituir a teoria do privilégio monopolista[48], que acima

42 "O direito de reprodução ou de exploração exclusiva concedida ao autor ou inventor deixa de ser um odioso monopólio, conferido pelo soberano, ou simples recompensa outorgada pela lei, para se tornar no monopólio ou privilégio legítimo, resultante do tácito contrato entre a sociedade e o autor." In CERQUEIRA, João da Gama, op. cit., nota 7, pp. 82 e 83.

43 "(a lei) não reconhece nenhum direito preexistente, mas apenas estabelece a proibição de reproduzir a obra, punindo o transgressor dessa norma e obrigando-o ao ressarcimento do dano pela violação do direito objetivo e do interesse do autor, não, porém, porque este tenha sido lesado em um verdadeiro direito subjetivo." In CERQUEIRA, João da Gama, op. cit., nota 7, p. 85.

44 "De acordo com essa teoria, o direito do autor, tendo fundamento no direito de personalidade, só eventualmente pode assumir caráter patrimonial, como elemento acessório." In CERQUEIRA, João da Gama, op. cit., nota 7, p. 89.

45 "(...) a obra intelectual, quando vem a ser publicada, cria uma situação jurídica mista, formada de duplo elemento: de um lado o elemento imaterial e pessoal, que se liga à personalidade e à liberdade do autor; de outro, o elemento patrimonial e econômico, que constitui valor suscetível de cessão e alienação." In CERQUEIRA, João da Gama, op. cit., nota 7, p. 92.

Também F. C. PONTES DE MIRANDA fala em um feixe de direitos: "Os direitos autorais são um feixe de direitos. Se se põem a atenção e o interesse de pesquisa num deles e se discute com outras pessoas, que atentam noutro e se interessam por outro, a natureza do direito autoral, nunca se chega a qualquer resultado aproveitável; e foi isso o que se fez, quase sempre, durante mais de um século. Há o direito autoral e personalidade e o direito autoral de exploração, ficando entre eles o direito autoral de nominação, que os sistemas jurídicos ora empurram para o lado daquele ora para o lado desse." In *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XVI, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 10.

Cabe também ressaltar a opinião do próprio J. G. CERQUEIRA, o qual entendia que "o direito de autor é um direito privado puramente patrimonial, que tem por objeto a própria obra criada e consiste, essencialmente na faculdade de reproduzi-la e de auferir vantagens econômicas que dela possam resultar. Ao lado desse direito, que é, propriamente, o direito de autor, e independentemente dele, subsiste o seu direito moral, que designa o conjunto dos "direitos especiais da personalidade que acompanham as manifestações da personalidade humana de caráter patrimonial" e que não se confundem com os direito patrimoniais propriamente ditos." In CERQUEIRA, op. cit., nota 7, pp. 102 e 103.

46 In CERQUEIRA, op. cit., nota 7, pp. 78 e 79. Ver também: BASSO, Maristela, op. cit., nota 12, pp. 34 – 37.

47 "(...) é indiscutível que o direito do autor sobre a sua criação distingue-se por uma relação de pertença ou senhorio, na qual o autor assume a mesma posição que o proprietário em relação à coisa objeto do domínio, sujeitando ao seu poder a criação intelectual resultante do seu trabalho, a qual, de fato, lhe pertence. (...) Se o operário tem direito ao salário, que representa o fruto do seu trabalho, do mesmo modo deve competir ao artista e ao inventor o direito sobre a sua obra, tanto mais que o trabalho intelectual é *intrinsecamente superior ao trabalho manual, e que a ele se reconhece maior dignidade*" - grifo nosso. In CERQUEIRA, op. cit., nota 7, pp. 136 e 137.

48 Interessante notar a aversão com que é descrita esta teoria por J. G. CERQUEIRA, segundo o autor "Dentre estas, a mais *elementar* é, certamente, a que procura resolver a questão declarando constituir o direito de autor simples privilégio concedido pelas leis ao criador da obra intelectual à título de recompensa, animação ou compensação." E ainda: "Na base desta teoria encontra-se a negação do direito do autor e do inventor, pois o que se lhes atribui resulta do privilégio que constitui a origem do direito, em vez de ser conseqüência dele. Em lugar de reconhecer, pela concessão do privilégio, o direito preexistente, a lei cria esse direito em benefício do autor." In op. cit., nota 7, pp. 79 e 81. Especialmente curioso o fato de que o autor, apesar do desprezo apresentado pela teoria do privilégio, dedicar todo um título aos 'Privilégios de

veio sendo desenvolvida em parte[49], visto que, como dito, os privilégios atualmente já não são mais tão bem aceitos como outrora[50].

2.3. O Direito Autoral

A primeira lei de direito autoral que se tem notícia no mundo é o *Statute of Anne*, também conhecido como *Copyright Act*[51], da Rainha Anne Stuart do Reino Unido, o qual entrou em vigor neste reinado em 10 de abril de 1710[52]. Esta lei era intitulada "*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times*

Invenção' no qual discorre sobre quais os tipos de invenções *privilegiáveis* e dispõe sobre os requisitos da concessão do *privilégio.*

49 Não se pense que a teoria do privilégio é morta e aqui intenta-se ressuscitá-la. Apesar de, em nossas terras, haver um certo tipo de idealismo a respeito dos direitos de propriedade intelectual, no sistema da *common law* não impera a mesma resistência ao reconhecimento da natureza de privilégio inerente a tais direitos, o que se pode notar pelo seguinte excerto do relatório elaborado no ano de 2002 pela Comissão de Propriedade Intelectual para o governo britânico: "*Regardless of the term used for them, we prefer to regard IPRs as instruments of public policy which confer economic* privileges *on individuals or institutions solely for the purposes of contributing to the greater public good. The* privilege *is therefore a means to an end, not an end in itself*" - grifos do autor. Tradução livre: Independentemente do termo usado para eles, nós preferimos considerar os direitos de propriedade intelectual como instrumentos de políticas públicas que conferem privilégios econômicos a indivíduos ou instituições unicamente com o propósito de contribuir a um maior benefício público. O privilégio é, portanto, um meio para um fim e não um fim em si mesmo. In Barton, John (coord.), *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, estudo realizado pela *Commission on Intellectual Property* para o governo do Reino Unido, 2002, acessível no site "http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm", versão em português "http://www.iprcommission.org/graphic/Portuguese_Intro.htm ", p. 7.

50 Note-se que a legislação pátria a respeito do tema originalmente dispunha que os direitos de propriedade intelectual eram privilégios, apesar de dar-lhes o nome de propriedade. É o que se lê no parágrafo 4°, do artigo 1°, da Lei Imperial 3129 de 14 de outubro de 1882, o qual dizia: "O privilégio exclusivo da invenção principal só vigorará por 15 anos, (...)." Por sua vez, a Lei 5772 de 21 de dezembro de 1971, promulgada ainda quando da ditadura militar, em seu artigo 2° dizia que "A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante: a) concessão de privilégios: de invenção; de modelo de utilidade; de modelo industrial; e de desenho industrial."

Somente com a Lei 9279/1996, portanto, após a ditadura e já na vigência da Constituição Federal de 1988, é que a lei calou o vocábulo privilégio em seu texto. Todavia, não é a mera mudança de um vocábulo que terá o condão de alterar a natureza jurídica de um instituto.

51 In Costa Netto, José Carlos, *Direito Autoral no Brasil*, in Bicudo, Hélio (coord.), *Coleção Juristas da Atualidade*, FTD, São Paulo, 1998, p. 34.

52 Há uma certa confusão na doutrina a respeito do ano exato em que foi promulgada esta lei. Alguns autores falam que ela teria sido promulgada no ano de 1709 e não em 1710 como aqui exposto. Esta controvérsia, apesar da diminuta importância, explica-se pela adoção do calendário cristão que corrigiu certas impropriedades na contagem dos anos que ocorria na Inglaterra à época.

therein mentioned"[53], do que somos forçados a inferir que a finalidade de tal lei não fora reconhecer um direito preexistente dos autores de obras literárias, mas o de incentivar o aprendizado, disseminar o conhecimento.

Por meio da referida lei, e com o fim mencionado, os autores de obras literárias tornaram-se titulares de, principalmente, dois direitos: (i) o direito exclusivo de impressão por 14 (quatorze) anos contados da data da publicação da obra, o qual ainda poderia ser prorrogado por igual período se o autor ainda fosse vivo; e (ii) o direito de exigir a entrega das obras contrafeitas por infratores, cumulado com o direito de receber uma indenização equivalente a 1 (um) *penny* por página, dos quais metade seria destinada à Coroa Britânica[54]. Todavia, pode-se traçar a origem dos direitos autorais em um momento um pouco anterior à dita lei.

Novamente, existem autores que buscam a invenção do direito autoral no Império Romano, onde existia a *actio injuriarium* para reprimir os atentados contra os chamados direitos morais[55]. Esta posição, contudo, é muito confrontada e a maior parte dos autores que versam sobre o assunto não aceita esta suposta gênese dos direitos autorais no direito romano[56], apesar de já se vislumbrar naquela sociedade uma consciência dos direitos morais dos autores sobre as suas obras[57].

---

53 Tradução livre: "Uma lei para o incentivo do aprendizado, através da outorga de proteção legal das cópias de livros impressos aos autores ou compradores destas copias, durante o tempo neste documento mencionado".

54 In Costa Netto, José Carlos, op. cit., nota 51, p. 34.

55 In Costa Netto, José Carlos, op. cit., nota 51, p. 32.

56 *"Quant à ceux des auteurs, ils n'étaient pas reconnus en tant que tels et leur violation n'était pas sanctionnée juridiquement. Les témoignages des auteurs de l'époque nous indiquent seulement l'opprobe jeté sur des actes que nous qualiferions aujourd'hui d'atteites au droit moral, mais on ne trouve trace d'une quelconque sanction juridique de tels agissements, en particulier sur le fondement de l'actio injuriarum* (...) *Au terme de cette brève étude du droit romain, la conclusion s'impose: si l'on peut voir dans l'actio injuriarum l'ancêtre des droits de la personnalité, rien ne permet em revanche d'affirmer qu'elle ait aussi servi de base légale à la protection des intérêts personnels des auteurs et qu'elle puisse par conséquent être considérée comme l'ancêtre du droit moral.*" Tradução livre: Quanto àqueles dos autores, eles não eram reconhecidos como tais e sua violação não era passível de sanção jurídica. Os relatos dos autores da época nos indicam somente a oposição como resposta aos atos que atualmente qualificamos como contrários ao direito moral, mas não se percebe qualquer traço de uma sanção jurídica regulando tais condutas, em especial sob o fundamento da *actio injuriarum.* (...) Ao final deste breve estudo do direito romano, uma conclusão se impõe: se é possível perceber na *actio injuriarum* o ancestral dos direitos da personalidade, nada nos permite concluir que ele também serviu de base legal à proteção dos interesses pessoais dos autores e que ele, por conseqüência, possa ser considerado o ancestral do direito moral de autor. In Lucas-Scholoetter, A., *Droit Moral et Droits de la Personnalité: Étude de Droit Comparé Français et Allemand*, Tome I, Aix-en-Provence Cedex 1, Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, pp. 33 e 34. Ver também: Costa Netto, José Carlos, op. cit., nota 51.

57 "*C'est ce qui a permis à certains auteurs d'affirmer que le droit moral était déjà connu dans l'Antiquité et protégé par l'actio injuriarum. Mais une telle affirmation ne fait pas l'unanimité et doit être reçue avec beaucoup de prudence. Ce*

Apenas no limiar da Idade Moderna[58] é que principiaram por florescer as primeiras formas de direitos autorais, que à época eram conhecidos como privilégios editoriais[59]. O primeiro deles[60], foi concedido no ano de 1469 a um certo Giovanni Spira para a edição de cartas de Cícero e Plínio[61]. Note-se que, à época, os privilégios não necessariamente eram relacionados a obras novas ou inéditas. Em verdade, a maior parte dos privilégios era concedida para que se fizesse publicar obras provenientes da

---

qui est sûr em revanche, cést que le plagiat était, à Athènes et Rome, condamné pas l'opinion publique et ressenti par les auteurs comme un furtum laudis" Tradução livre: Isto foi o que permitiu a alguns autores afirmar que o direito moral já era conhecido na Antiguidade Clássica, protegido pela *actio injuriarum*. Porém, tal afirmação não é unânime e deve ser apreendida com muita cautela. O que é certo, por outro lado, é que o plágio era, em Roma e Atenas, condenada pela opinião pública e percebida pelos autores como um *furtum laudis*. In LUCAS-SCHOLOETTER, A., op. cit., nota 56, p. 32

58 Sobre os direitos autorais ainda na Idade Média, interessante notar o que diz o autor A. LUCAS e H. J. LUCAS: "*La vérité est que l'auteur au Moyen Age n'est jamais perçu comme créateur puisqu'il n'y a de création que divine.*" Tradução livre: A verdade é que o autor na Idade Média jamais fora percebido como um criador, visto que a criação não poderia ser senão divina. In *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, Paris, 1994, p. 4.

J. C. COSTA NETTO, por outro lado é da opinião de que "a preocupação com a disseminação de temas religiosos, principalmente no que concerne aos manuscritos duplicados em monastérios, implicaram a dificuldade de identificação da autoria (direito moral) e a provável ausência de interesse econômico. Também cabe destacar a existência de escritos de natureza semipolítica e o interesse de seus criadores estar direcionado mais acentuadamente na divulgação de idéias do que na comercialização das obras que as contivessem." In op. cit., nota 51, p. 31.

59 Por serem privilégios concedidos não aos autores das obras, mas aos seus editores, parte da doutrina se nega a reconhecer no privilégio editorial a gênese da invenção do direito autoral, negando-lhe qualquer conexão com os atuais direitos autorais. Vale citar:

"*Ces privilèges sont-ils les ancêtres du droit d'auteur? On incline à répondre par la négativeen faisant valoir qu'il s'agit plutôt d'une 'institution de sauvegarde industrielle destinée à indemniser les éditeurs des frais généraux de publication' et des risques commerciaux de l'entreprise et à stimuler ainsi l'activité économique. On ne manquera pas également de tirer argument des considérations de police, qui, se mêlant aux précédentes, renforcent le caractère arbitraire et précaire du monopole conféré. Le moins quón puisse dire est que l'auteur n'est pas au centre du dispositif*" Tradução livre: Seriam estes privilégios os ancestrais do direito de autor? Inclinamo-nos a responder pela negativa, sustentando que era antes uma instituição salvaguarda industrial destinada a indenizar os editores pelos custos de publicação e riscos comerciais da empresa, bem como estimular, assim, o exercício desta atividade econômica. Serve de argumento também a questão política, que, misturando-se com as precedentes, reforça o caráter arbitrário e precário do monopólio concedido. O menos que pode ser alegado é que o autor não está no centro do dispositivo. In LUCAS, André e LUCAS, H. J., op. cit., nota 58, p. 5.

Entretanto, parece ser claro que, ainda que tais privilégios não se encontrassem sob a titularidade dos autores das obras protegidas, a estrutura de exclusividade monopolística inerentes a tais privilégios manteve-se praticamente inalterada até os nossos dias, já sob o nome de direitos autorais. Não somente, mas em nossos dias os editores ainda continuam sendo os maiores privilegiados na concessão de tal exclusividade de exploração econômica aos autores, vez que estes ainda dependem da figura do editores para explorarem economicamente a sua obra. Ver também nota 65 infra.

60 Existe uma controvérsia sobre qual teria sido realmente o primeiro privilégio concedido dentro da matéria autoral (editorial), o que expressa A. LUCAS: "*En France le premier privilège semble avoir été celui accordé em 1507 par Louis XII à Antoine Vérard pour les épîtres de Saint Paul. Selon certains auteurs, le Collège de Venise aurait montré la voie avec le privilège concédé em 1469 à l'imprimeur Jean de Spire, mais d'autres auteurs affirment que la première concessionn résulterait d'une grâce du Sénat de Venise em 1495, au bénéfice du célèbre imprimeur Alde Manuce, l'inventeur des caracterères italiques, pour l'éditon de l'Arioste*" Tradução livre: Na França o primeiro privilégio parece ter sido aquele concedido em 1507 por Luis XII a Antoine Vérard sobre as epístolas de Paulo. De acordo com alguns autores, o Colégio

Antiguidade, como livros da Bíblia ou dos filósofos da Grécia Antiga[62].

Outra importante constatação é a de que apesar de a consciência dos direitos morais dos autores ter surgido em um período da história da humanidade já distante, muito anterior a qualquer menção aos direitos de exploração econômica, estes, os direitos patrimoniais ou de exclusividade, foram os que primeiro receberam guarida jurídica[63]. Tal fato mostra-se uma decorrência clara da avidez com que os editores buscaram a proteção dos seus interesses meramente econômicos e monopolistas neste novo mercado[64], que teve a sua gênese com o aprimoramento dos tipos móveis realizado pelo alemão

---

de Veneza foi o precursor com o privilégio concedido em 1469 ao impressor Jean Spire, mas há outros autores que afirmam que a primeira concessão foi outorgada como uma graça do Senado de Veneza em 1495, em benefício do célebre impressor Alde Manuce, o inventor dos caracteres itálicos, sobre a edição de Arioste. In op. cit., nota 58, p. 4.

Não somente, mas O. Santiago também defende a tese de que o primeiro privilégio editorial foi concedido em favor de Aldo Mannuci, inventor dos caracteres tipográficos itálicos, para que somente este pudesse fazer uso desses caracteres. In *Aquarela do Direito Autoral*, Gráfico Mangione, Rio de Janeiro, 1946, p.12.

61 In Costa Netto, José Carlos, op. cit., nota 51, p. 32.

62 "*All the bestsellers of the day, including the Bible, were tied up in company hands. The result was high prices for books and high unemployment in the printing trade. The circulation of books was much lower of what it otherwise might have been. Only the well-off could affort the Stationers' prices.*" Tradução livre: Todos os mais vendidos da época, incluindo a Bíblia, estavam nas mãos da companhia. O resultado foram preços altos para os livros e desemprego no comércio editorial. A circulação dos livros foi muito aquém do que de outro modo poderia ter sido. Apenas os ricos podiam arcar com os preços dos Stationers. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.30.

63 O autor P. E. Geller tem uma interessante opinião a respeito do motivo por quê o monopólio econômico sobre as obras escritas somente foi pensado tão tardiamente na história, diz ele que: "*Legal doctrine became increasingly sophisticated in the Roman Empire, so that no great theoretical obstacles would have stopped the Romans from instituting copyright-like entitlements to protect the return on investiments that publishers made in introducing wordks into the book trade. The practical reason they did not, it is submitted, was that any pirate would have had to pay as much as other publishers to buy and mantain skilled slaves to recopy texts marketed in this trade.*" A doutrina legal tornou-se crescentemente sofisticada no Império Romano, de forma que não haviam grandes obstáculos teóricos a que os romanos instituíssem títulos semelhantes aos direitos autorais para proteger retorno dos investimentos realizados pelos editores para inserir novos livros no mercado. A razão prática por que eles não o fizeram encontra-se implícita: consistia no fato de que qualquer pirata haveria de pagar tanto quanto o editor para comprar e manter escravos habilidosos para copiarem os textos comercializados neste mercado. In *Copyright History and Future: What's culture got to do with it?,* in *Journal Copyright society of the USA*, 2000, pp. 213 e 214.

Assim, para o autor, a pirataria é quem justifica a concessão de exclusividade econômica, de modo que, apenas quanto aquela se apresenta lucrativa é que a exclusividade tem razão de existir. Este argumento torna-se interessantíssimo se encararmos os editores atuais como detentores indiretos dos direitos autorais, uma vez que eles possuirão o monopólio econômico sobre determinada obra sem que exista, em contrapartida, uma pirataria lucrativa, vez que um editor pirata necessitaria investir o mesmo montante de capital para editar e comercializar aquela mesma obra.

64 "*Copyright begins life in England in the form of printing priviledges granted by Queen Mary in 1557 to a craft guild known as the Stationers. Like all craft guild, the Stationers had a serious interest in monopoly profits and a comensurate fear of competition.*" O direito autoral nasceu na Inglaterra em forma de privilégios editoriais concedidos pela Rainha Mary em 1557 para uma corporação de ofício conhecida como Stationers. Como todas as corporações de ofício, os Stationers tinham um grande interesse nos lucros monopolistas e um incomensurável pavor da competição. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.30.

Johannes Gutenberg no início do século XV[65].

Porém, a verdade é que não apenas os comerciantes se interessavam na obtenção de tais privilégios, havia, também, um interesse do monarca em contrapartida, qual seja, o controle sobre as idéias disseminadas em seu reino[66]. Ou seja, ao conceder privilégios editoriais sobre determinadas obras o rei mantinha um vínculo de dependência com os editores e, desta forma, tinha conhecimento e podia até mesmo determinar o que seria ou não publicado e lido dentro dos limites de seu reinado[67]. Esta relação de dependência recíproca entre monarcas e comerciantes manteve-se forte durante séculos. Contudo, a Revolução Francesa também não poderia fazer vistas grossas a mais este privilégio.

---

65 "(...) esses primeiros intermediários entre o autor da obra intelectual e o público, interessados visceralmente no resultado econômico que viesse a lhes favorecer a edição daquela, certamente impulsionaram sobremaneira o fortalecimento dos direitos patrimoniais decorrentes da obra. Contudo, naturalmente, tais intermediários reivindicavam para si a titularidade desses direitos. Por isso, os 'privilégios' obtidos naquela ocasião devem ser considerados mais propriamente 'editoriais' do que 'autorais'. E suas características essenciais provam essa assertiva: a) garantiam a exclusividade de direitos de reprodução e distribuição; b) fixavam um período de duração do privilégio; e c) previam sanções aos infratores do privilégio, como apreensão de cópias contrafactadas e pagamento de indenização." In COSTA NETTO, José Carlos, op. cit., nota 51, p. 32 e 33.

Interessantíssimo notar que o autor cita as características do "direito editorial" como prova de que era um direito distinto do que hoje conhecemos como "direito autoral" ainda que as mesmas três características ainda se encontrem, hoje, presentes no que constitui o direito de autor.

Lei de Direitos Autorais:

"Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral;

(...)

VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados a partir de 1o. de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil;

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível."

66 "*Most importantly, it delegated police powers to the Stationers Company of London in a charter focused in supressing prohibited books. Only presses otherwise authorized by the Crown fell outside the Statiners' purview, notably the university presses at Oxford and Cambridge and presses with royally grated patents to print specific books. The Stationers were charged with preventing the printing and distribution of writings that had not been licenced by official censors or, at times, by Company's agents*" Tradução livre: Acima de tudo, isto delegou poderes de polícia aos Stationers em um alvará visando a supressão dos livros proibidos. Apenas as editoras autorizadas pela Coroa escaparam à censura dos Stationers, em especial as editoras das universidades de Oxford e Cambridge, bem como aquelas com patentes sobre a editoração de livros específicos. Os Stationers foram encarregados de prevenir a impressão de escritos que não tivessem sido autorizados pelos censores oficiais ou, em algumas épocas, por agentes da Companhia. In GELLER, Paul E., op. cit., nota 63, p. 216.

67 "*Intellectual property rights began life as tools of censorship and monopoly privileges doled out by the king to fund wars and other pursuits.*" Tradução livre: os direitos de propriedade intelectual nasceram como ferramentas de censura e privilégios monopolistas distribuídos pelo rei para financiar guerras e outros fins. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 29.

A transformação dos privilégios editoriais em direitos autorais a princípio não parece clara, já que houve uma transferência da titularidade dos direitos, os quais no momento seguinte passaram a fazer parte da esfera jurídica dos direitos dos autores de obras intelectuais, o que poderia sugerir que novos direitos haviam sido criados. Justamente por esta transferência de titularidade é que parte da doutrina nega-se a admitir que os privilégios editoriais tenham sido o embrião dos direitos de autor. Cabe aqui nova digressão para clarear o assunto.

Primeiro, deve-se atentar que os escritores durante a Idade Moderna vinham suportando constantes abusos por parte dos editores que adquiriam privilégios sobre as obras ainda que contra a vontade daqueles[68]. Tendo os editores obtido tais privilégios, os autores nada podiam fazer para evitar que suas obras fossem publicadas e nem poderiam opinar quanto ao modo de publicação. Os pensadores, porém, apesar de não possuírem armas imediatas contra os editores, eram também formadores de opinião e logo começaram a pleitear por direitos individuais sobre as suas criações[69] e a ganhar respaldo da sociedade, que percebia as injustiças a que estavam submetidos tanto os autores como os seus herdeiros[70].

Outro aspecto importante é que, os autores, diferentemente dos inventores, usualmente não tinham participação e nem criavam suas obras com o intuito de lucro. Quando um inventor na Idade Moderna pensava em criar um novo dispositivo, usualmente ele tinha em mente produzir aquele aparato em larga escala para posteriormente vendê-lo, mesmo que para isso necessite do auxílio de capital alheio. O escritor e o artista, por sua vez, àquela época, não tinham em mente que pudessem escrever e vender seus escritos, deles retirando sua subsistência. Antes tinham eles uma vocação ideológica ou

68 P. E. GELLER relata que: "*in the mid-seventeenth century, when a copy of his Précieuses Ridicules fell into the hands of publishers, Molière protested: 'It's a strange thing that one publishes people agains their will (...) Nonetheless, I could not prevent it, and have sufered the misfortune of having a copy filched from my room, fall into the hands of booksellers, who by surprise have obtained the privilege of publishing it.*'" Tradução livre: Em meados do século XVII, quando uma cópia de sua obra "Précieuses Ridicules" caiu nas mãos dos editores, Molière protestou: "É uma coisa estranha que alguém publique outro contrariamente à sua vontade (...). Ainda assim, não pude evitá-lo e sofri a desventura de ter uma cópia surrupiada do meu quarto, a qual caiu nas mãos dos vendedores de livros, os quais, surpreendentemente, obtiveram o privilégio de publicá-la." In op. cit., nota 63, p. 218.

69 John Locke tornou-se especialmente conhecido por sua ação direta influenciando a opinião pública no sentido de proteger os interesses dos escritores. In DAVIES, William, e WITHERS Kay, op. cit,, nota 27, p. 13.

70 A título de exemplo cite-se o autor O. SANTIAGO que diz: "Não se repetiriam mais, para o futuro, pelo menos por falta de proteção teórica da lei, os espetáculos desoladores da filha de Strauss morrendo de fome, na mesma ocasião em que uma opereta paterna rendia milhões aos empresários, nem dos filhos de Milliet assistindo, esfarrapados, a disputa, em leilão, das obras do pai, vendidas por esta à negociantes de arte" In op. cit., nota 60, p.15.

então uma motivação de realização pessoal artística, fato que impediu que tomassem consciência das mudanças que se iniciavam com o surgimento da prensa móvel na Europa.

Desta forma, os autores não estiveram desde o início ligados aos privilégios que se concediam sobre as suas obras, mesmo porque muitos deles já estavam mortos quando estes privilégios foram concedidos. Entretanto, após os florescimento cultural do Iluminismo, a produção cultural européia alcançou patamares muito além do que antes poder-se-ia imaginar, o que levou os editores a adquirirem privilégios sobre obras de autores ainda vivos, fato que, por sua vez, tratou de expôr a injustiça da concessão de tais privilégios.

Iniciou-se, então, uma crescente pressão tanto na Inglaterra como na França para que os autores também recebessem alguma forma de compensação já que eram eles a fonte de onde surgia o material comercializado. Por esta razão foi que, então, surgiram a lei de 1710 na Inglaterra e o decreto de 30 de agosto de 1777 na França, ambos trazendo os autores das obras intelectuais para o foco da proteção de tais ativos. Neste contudo, diferentemente do que ocorreu naquele, ainda ao lado dos editores[71].

Assim, ao eclodir a Revolução, todos os fatores para que os autores conseguissem tomar para si aqueles privilégios que dantes pertenciam apenas aos editores já se encontravam emparelhados[72]. Por outro lado, era certo que os editores não deixariam sair de suas mãos o controle econômico desse mercado tão lucrativo e, além disso, em plena ascensão. Entretanto, não foi necessário grande empenho para evitá-lo. Uma vez que os meios de produção permaneciam sob controle dos mesmos de outrora[73], pouco importava a quem pertencesse originalmente a titularidade de reprodução e divulgação das obras, desde que esta titularidade permanecesse exclusiva e fosse alienável, vez que, para que tivessem suas obras publicadas, os autores necessariamente deveriam socorrer-se sempre dos editores, os quais certamente teriam a moeda forte de barganha neste negócio e facilmente retornariam ao posto que

71 In Lucas, André e Lucas, H. J., op. cit., nota 58, p. 8.

72 Certamente que não mais seriam reconhecidos como privilégios, pelas mesmas razões expostas quando tratou-se da propriedade industrial.

73 Aqui encontra-se a grande razão do frenesi atual de editoras, gravadoras, emissoras e indústrias de software, que têm bombardeado a sociedade com o terrorismo anti-pirataria, aliado ao discurso que iguala a contrafação ao furto, ou as vezes até mesmo ao roubo. O grande medo provém do fato de que agora essas empresas não mais possuem exclusividade dos meios de produção e circulação das obras intelectuais, em razão da criação da rede global chamada internet e da sofisticação crescente dos microcomputadores, os quais tornam qualquer cidadão comum um concorrente em potencial daquelas empresas. Sobre este assunto ver capítulos 4.2 e 4.3.

ocupavam no princípio[74].

Com tudo o que se disse acima não se deve, porém, menosprezar os efeitos da transformação do privilégio editorial em direito autoral. Esta transição gerou um enorme ganho para a sociedade. Se antes o rei poderia realizar um controle ideológico sobre a população a partir do controle que detinha sobre o conteúdo das publicações dentro dos limites de seu reino, agora este controle não mais existia, ao menos não através desta pré-censura editorial. Tendo sido reconhecidos os direitos autorais na própria pessoa do autor a partir da mera criação da obra, sendo, portanto, independentes de um edito real, a censura ideológica perdeu um grande instrumento e a partir de então poderiam proliferar com maior intensidade todos os tipos de pensamento.

Até aqui o desenvolvimento do *copyright* e do direito autoral, ressalvadas as especifidades locais de cada país, tiveram um desenvolvimento muito semelhante nos países da c*ommon law* e naqueles de tradição civilista. Porém, durante o século XIX, na França, o direitos autorais sofrem uma nova mutação sem correspondente no *copyright*. Tal mudança decorreu do reconhecimento gradual[75] de que a transferência dos direitos sobre a publicação e edição de uma determinada obra não deveriam permitir ao editor que inserisse nela adaptações, bem como não lhe desincumbia do dever de citar corretamente o nome do autor[76]. Ou seja, os direitos morais dos autores, que desde a Antiguidade Clássica já eram

---

74 "*The bulk of intellectual property rights are owned not by their initial creators but by corporations that acquire intellectual property portfolios through a process of buying and selling, merger and acquisition.*" Tradução livre: O grosso dos direitos de propriedade intelectual encontram-se em posse não dos seus criadores iniciais, mas das corporações que adquirem portfolios através de um processo de venda e compra, fusão e aquisição. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.15.

75 Sobre este assunto fala A. Lucas que: "*C'est surtout au XIXe siècle que s'affirme la dimension jusnaturaliste et personnaliste du droit d'auteur. La grande affaire sera celle du droit moral. Avant 1800, les esprits y sont préparés, mais il n'est pas reconnu em tant que concept juridique. Ce sera l'oeuvre de la jurisprudence. Dès 1814, un jugement impose à un éditeur le respect du droit à la paternité et du droit à l'intégrité de l'oeuvre dont il a acquis le droit d'exploitation. (...) Morillot est effectivement le premier à identifier le droit moral comme un faisceau de prérogatives distinct du monopole d'exploitation. Mais il ne le fonde que sur ls règles de la responsabilité civile et il se borne à poser la question de son inaliénabilité.*" Tradução livre: É sobretudo no século XIX que se afirma a dimensão jusnaturalista e personalista do direito de autor. A grande empreitada será aquela do direito moral. Até 1800, os espíritos estão preparados, mas não são reconhecidos como conceitos jurídicos. Será o trabalho da jurisprudência. Em 1814, um julgado impõe a um editor o respeito do direito à paternidade e à integridade da obra da qual ele adquirira o direito de exploração. (...) Morillot é efetivamente o primeiro a identificar o direito moral como um feixe de prerrogativas distinto do monopólio de exploração. Porém, ele não o funda senão sobre as regras da responsabilidade civil e nasce a colocar a questão de sua inalienabilidade. In op. cit., nota 58, pp. 15 e 16. Ver nota 45 supra.

76 A teoria do feixe de direitos é que permitiu a melhor compreensão da distinção entre os direitos patrimoniais de exploração e aqueles chamados impropriamente de direitos morais do autor. Ver nota 45 supra.

concebidos, receberam novamente atenção agora que os direitos econômicos já se haviam assentado[77].

A distinção não pára por aqui. Como já foi pontuado antes, o direito autoral da escola francesa recebeu sua primeira e maior justificativa na teoria da propriedade, fruto do labor intelectual de seu criador[78], o que acima já foi sucintamente criticado. Por outro lado, a tradição jurídica da *common law* buscou uma saída muito diferente. O *copyright* ou, em uma tradução literal, o "direito de cópia" fundamenta-se não em um direito inato do criador à propriedade de sua obra ou mesmo à divulgação dela, mas no interesse da sociedade em remunerar os autores a título de incentivo à produção cultural[79].

Neste sentido, pode-se considerar o *copyright* como uma abordagem mais honesta e desenvolvida do direito autoral[80], vez que entende não existir nada semelhante a um direito individualista[81] inato do autor sobre a sua obra ao mesmo tempo em que se pode considerá-lo como um

---

77 Para que não se menospreze a primazia do direito de exclusividade econômica na consciência de uma sociedade capitalista, podemos citar a preocupação excessiva com que a lei tenta proteger os interesses econômicos dos proprietários do conhecimento a ponto de até mesmo utilizar-se da repressão penal às violações a estes interesses (Código Penal, artigos 184 e 186; Lei de Propriedade Industrial, artigos 183 a 195; Lei de Direitos Autorais artigo 101; Lei do Software, artigos 12 a 14. Não se poderia deixar de citar os absurdos a que chegou esta preocupação: "Na Rússia, para acrescentar uma curiosidade, houve uma lei de 7 de maio de 1857, que estipulava para os infratores do direito autoral apenas os seguintes castigos: (i) perda dos direitos de cidadão; (ii) açoite com *knut*; e (iii) deportação para a Sibéria." In SANTIAGO, Oswaldo, op. cit., nota 60, p. 18.

78 Note-se que o direito autoral em francês é chamado de *propriété littéraire et artistique*.

79 Como demonstra o próprio subtítulo do *Copyright Act.*

80 Note-se que, apesar de quando da criação dos direitos autorais a sua justificação ter recaído sobre o direito natural do criados à propriedade de sua obra, o privilégio concedido aos autores na França do Absolutismo recebeu uma justificação semelhante àquela do *copyright*: "*Le préambule, qui reproduit les termes d'une lettre de Louis XVI du 6 septembre 1776, commence em effet par prendre parti sur le fondement du privilège em ces termes: 'Sa Majesté a reconnu que le privilège em librairie est une grâce, fondée em justice et qui a pour objet si elle est accordée à l'auteur de récompenser son travail, si elle est accordée au libraire de lui assurer le remboursement de ses avances et l'indemnité de ses frais.*" Tradução livre: O preâmbulo, o qual reproduz os termos de uma carta de Luis XVI de 6 de setembro de 1776, começa discorrendo sobre o fundamento do privilégio nos termos que seguem: "Sua majestade reconhece que o privilégio sobre os livros é uma graça, fundada em justiça, a qual tem por objeto, quando concedida ao autor, de recompensar seu trabalho, quando concedida às editoras, de assegurar-lhes o retorno de seus investimentos e indenizá-la por seus custos." In LUCAS, André e LUCAS, H. J., op. cit., nota 58, p. 8.

81 "*La reconnaissance de la notion de propriété intellectuelle (geistiges Eigentum) em Allemagne puise donc ses racines dans le droit naturel. Elle se rattache em effet à la doctrine des droits innés, auxquels appartient ce droit reconnu à l'auteur sur l'oeuvre crée par ses facultés humaines. Elle est aussi à relier a l'individualisme qui imprègne toute la pensée politique et juridique du XVIIIe siècle.*" Tradução livre: O reconhecimento da noção de propriedade intelectual (*geistiges Eigentum*) na Alemanha tem suas raízes no direito natural. Encontra-se ligado, com efeito, à doutrina dos direitos inatos, para a qual estes direitos são reconhecidos ao autor sobre a obra criada por suas faculdades humanas. Encontra-se alicerçado, também, ao individualismo que impregnou todo o pensamento político e jurídico do século XVIII. In LUCAS-SCHOLOETTER, A., op. cit., nota 56, p. 35.

Esta visão individualista, entretanto, não se sustém. O conhecimento e a criação não são individuais, mas coletivos. Apenas o nada é criado a partir do nada, de modo que tudo o que o ser humano cria necessariamente foi criado a

direito incompleto por vislumbrar tão somente o lado econômico do direito autoral e não atentar para aquilo que os franceses chamaram de direitos morais do autor.

Parece pouco contestável o papel do *copyright* de incentivo à produção de bens intelectuais, não apenas no tocante às artes como também no que diz respeito ao software. Ao propiciar aos artistas e criadores um meio de auferir lucro a partir dos produtos de seu intelecto, o *copyright* cria um estímulo econômico à produção cultural, sem o qual parece que tal produção não existiria ou seria infinitamente escassa[82]. Mais do que isto, parece não existir qualquer outro meio de proporcionar este lucro tão indispensável à atividade criativa, além do já consagrado *copyright*[83].

Tendo o *copyright* alcançado seu auge, no final do século XX, com a proliferação dos meios de telecomunicação, os quais fizeram com que cultura, informação e conhecimento fossem transformados em novos bens de consumo, é irônico constatar que é o próprio avanço tecnológico destes mesmos meios de comunicação, com destaque para a internet, quem lança dúvida a respeito da permanência da necessidade dele, *copyright*, enquanto um incentivo à produção de ativos intelectuais no seio da sociedade[84]. Neste ponto estará focado o presente estudo a partir deste momento, na análise crítica do modelo que herdamos de nossos ancestrais, para a construção do modelo ótimo às necessidades e peculiaridades atuais da civilização global do novo milênio, especificamente em sua aplicação à proteção jurídica do software.

O direito cumpre um papel de regulação da sociedade e, portanto, deve estar sempre atento às mudanças estruturais que nela ocorrem para a elas adaptar-se, mas não somente isto. O direito também cumpre um papel criador dentro da sociedade, razão pela qual deve-se estar sempre atento ao que se

---

partir de conhecimentos que já existiam em sua comunidade e que o indivíduo adquire do meio em que vive. Portanto, não passa de falácia a tentativa de se imaginar uma criação individual à qual uma única pessoa tem direitos, já que aquela pessoa jamais teria criado se anteriormente não tivesse obtido acesso e feito uso dos conhecimentos que lhe proporciona a comunidade. Seguindo este raciocínio não é possível imaginar-se que a sociedade esteja obrigada a remunerar o criador por sua contribuição, vez que ele se utilizou dos meios da sociedade e se não tivesse criado outro o teria feito em seu lugar. A criação é, assim, um processo de comunicação, um diálogo, no qual o indivíduo depende da sociedade em maior medida do que a sociedade depende do indivíduo. Este assunto é discutido de forma detida nos capítulos 4.1.3.3. e 4.3.

82 Pode-se até mesmo levantar como prova desta assertiva o fato de que em nenhuma outra época da história da humanidade houve fervor cultural tão grande quanto na contemporaneidade, em uma civilização que aprendeu a proteger economicamente os autores e editores.

83 Sobre as falácias destas assertivas ver capítulo 4.1.3.2.

84 Especificamente sobre a internet ver capítulos 4.2. e 4.3.

quer privilegiar com as normas que se impõem à ela, sociedade. Todo o trabalho que aqui vem se desenvolvendo tem por pressuposto que é do interesse comum da sociedade a criação de fundamentos sobre os quais ela possa apoiar-se para crescer, amadurecer e desenvolver-se (não apenas a sua economia ou tecnologia, mas no sentido mais vasto do termo), bem como que estejam acessíveis aos indivíduos os meios necessários ao desenvolvimento pleno de suas capacidades e, principalmente, ao desenvolvimento intelectual mínimo necessário a tomada de decisões próprias e éticas.

Ressalte-se, para encerrar-se o capítulo, que apesar de o maior interesse deste trabalho concentrar-se na defesa dos interesses dos povos não-desenvolvidos e das massas de excluídos, o seu fim último consiste no desenvolvimento da sociedade em termos globais e não meramente locais ou regionais. Entende-se que a humanidade é uma só e já ficou para trás o tempo em que as barreiras dimensionais e preconceitos culturais atravancavam a plena conscientização da nossa própria unidade, de modo que a defesa dos interesses dos não-desenvolvidos é apenas um primeiro passo para a construção de uma sociedade verdadeiramente universal.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE

Pressuposto fundamental à análise crítica de que qualquer objeto de estudo é conhecê-lo tal qual é correntemente apresentado em meio à comunidade, para apenas posteriormente discutir a validade de tal ou qual descrição. Destarte, o presente capítulo é o fundamento sobre o qual se apoiará todo o restante da tese, sendo aqui estudados os pormenores do software e sua corrente proteção jurídica.

3.1. Conceito de Software

Existe na doutrina e na legislação uma pluralidade de definições jurídicas do conceito de software, algumas das quais aqui transcritas sumamente.

M. Wachowicz elaborou uma definição ampla de software "como sendo todo o escrito destinado ao processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o citado fim (textos, manuais, codificações)"[85]. A amplitude com que o citado autor elevou o conceito de software é tal que acaba por incluir até mesmo manuais e textos escritos como sendo parte ou o próprio software em si, sem atentar para qualquer necessidade de operabilidade do software ou de sua inteligibilidade por um computador.

Desse modo, instruções escritas em linguagem humana, transcritas em suportes físicos impróprios ao processamento de informações pela máquina (por exemplo, o papel), destinadas ao entendimento e internalização de dados a nós perceptíveis sensorialmente também poderiam ser consideradas espécies de software (não apenas os manuais que acompanham os softwares, mas quaisquer escritos, vez que nós temos a capacidade de processar os dados neles inseridos)[86]. Não

85 In M. Wachowicz, *O Programa de Computador e Sua Proteção no Brasil*, 2001, acessível pelo site http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530.

86 Este entendimento não é precisamente o mesmo que aquele da lei pátria que, como veremos, entende ser parte do software o material de apoio ao usuário e a descrição do programa em qualquer forma de linguagem. A diferença básica é que a lei torna o computador o sujeito do processamento, o destinatário, enquanto na definição ora estudada não qualquer necessidade de que o computador faça parte da comunicação.

somente. O autor ainda se confunde ao utilizar o termo "escrito" em sua definição, o que abre portas ao entendimento errôneo de que o software deve sempre estar expresso em forma escrita. Incorreto, pois o que o computador entende essencialmente não é a escrita, mas o fluxo de corrente elétrica, o qual evidentemente pode ser descrito ou codificado em termos inteligíveis a um humano[87], possibilitando-se, assim, a comunicação homem-máquina, porém, jamais confundível a sua codificação utilizada para possibilitar a compreensão do software por um humano.

Para O. Gomes[88], software é "o programa para o processamento de dados indispensável ao funcionamento do computador". Provavelmente, o autor buscou, com essa definição, facilitar o entendimento do que vem a ser o software, retirando do conceito tudo aquilo que parecia não ter relevância jurídica. Sua definição é, contudo, simplista e reducionista, e acaba por desvirtuar o conceito de software além do aceitável. Tal definição leva à confusão do software com uma de suas espécies, o software básico[89] (ou software da ROM[90]).

Para ilustrar o absurdo induzido por esta definição, basta a menção de que, segundo este critério, o sistema operacional presente na quase totalidade dos microcomputadores atualmente, o Windows, não

---

87 J. O. Ascensão chama a isto de linguagem de baixo nível, sintetizando-a no chamado código binário composto de zeros (0) e uns (1), sem deixar claro como funciona esta linguagem. In Gomes, Orlando *et al*., *A Proteção Jurídica do Software*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pp. 53 e 54. Adiante far-se-á uma elucidação do seu modo de funcionamento, no momento apenas é interessante entender-se que o computador não "lê" nada escrito, ele apenas reage ao fluxo de energia e permanece inanimado em sua ausência, de modo que seria impróprio dizer que o software é um "escrito".

88 In Gomes, Orlando *et al*, op. cit., nota 87, p. 4.

89 "Os softwares podem ser divididos basicamente em duas categorias fundamentais: os softwares de base, que compreendem os programas essenciais ao funcionamento da máquina, comportando o software de apoio e o sistema operacional; e os softwares aplicativos, compostos por programas que se destinam a realizar funções específicas para a execução de tarefas, ou como meio de configuração para o funcionamento de periféricos." In Guesser, Adalto H., *Software Livre & Controvérsias Tecnocientíficas: Uma Análise Sociotécnica no Brasil e em Portugal*, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 34. O conceito de software básico aqui exposto é distinto daquilo que, em conceito mais amplo, chama-se de softwares de base. O software-básico é tão somente o programa mais essencial atrelado à máquina e dependente da sua arquitetura específica de hardware que faz com que o computador efetivamente funcione, vez que somente este software é que pode ser dito indispensável ao funcionamento da máquina.

90 A ROM (*read only memory* ou memória somente de leitura) é assim chamada por ser uma memória que está permanentemente gravada nos circuitos do computador, de modo que as informações lá gravadas não são apagadas nem mesmo quando o computador é formatado. Todo computador carece de software para trabalhar e esse é o papel fundamental do chamado software da ROM. Esse software tem o papel fundamental de iniciar os trabalhos do computador, buscar pelo sistema operacional que está gravado no Disco Rígido (HD – *hard disc*), dar suporte os trabalhos contínuos do computador e coordenar o trabalho dos periféricos. Conceitualmente o software da ROM se localiza entre a máquina e todos os demais softwares, inclusive o sistema operacional (Windows ou afins). In Norton, Peter e Wilton, Richard, *The New Peter Norton Programmer's Guide to the IBM PC and PS/2*, 1985, trad. port. de D. Vieira, *Novo Guia Peter Norton para programadores do IBM PC e PS/2,* Rio de Janeiro, Campus, 1991, p. 40.

seria considerado um software, visto que qualquer computador funciona sem este programa ou mesmo sem um similar (sistema operacional), sendo, portanto, dispensável. Esta definição peca por limitar a amplitude de funcionalidades de um software e torná-lo apenas uma ferramenta do hardware, apesar de o autor ressaltar que ambos são independentes. Seu pior defeito, porém, é ser tautológica, vez que reza ser o software um programa sem especificar o que quer implicar com o termo "programa"[91].

A. WALD, por sua vez, descreve o software como "o conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador e comandam seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário"[92]. A primeira vista mais aprimorada, esta definição padece de vícios ainda mais graves do que os daquela de O. GOMES. Desta vez, traduz-se o software enquanto um conjunto de programas, sem preocupar-se em definir programa, bem como por restringir o software a apenas uma parcela deles, qual seja, aquela dos softwares que comandam o funcionamento do computador, os já ditos softwares básicos. Outro erro é atribuir ao software a faculdade de permitir ao computador o processamento de dados. O software orienta o modo em que se dá o processamento pelo computador, mas o computador é quem é capaz de processá-los e disto é capaz sozinho.

C. A. S. LOBO diz que o software é "uma seqüência de definições de dados e de instruções", relatando ainda que "esses dados e instruções somente poderão ser reconhecidos e executados pelo computador se lhes forem transmitidos em 'linguagem de máquina'", a qual "utiliza apenas dois algarismos ou dígitos – 0 e 1 –, significando os 1s a passagem do circuito elétrico e os 0s o seu bloqueio"[93].

Apesar de melhor elaborada em relação às antecedentes, esta definição ainda é problemática, vez que torna o software um conjunto de informações que não necessariamente visa a um fim e, portanto, quiçá necessita funcionar para que seja um software. Peca também ao desvincular as instruções ou comandos do seu receptor, de modo que, em sendo verdade, quaisquer seqüências de definições de dados que transmitissem instruções poderiam gozar do status de software, tais como o sinal de trânsito que limita a velocidade dos veículos em 80km/h. Posteriormente, o autor ainda limita o seu conceito

91 Lembre-se que o software também é conhecido como programa de computador, de modo que o autor utiliza-se do termo quer quer definir na própria definição.

92 In GOMES, Orlando, *et al.*, op. cit., nota 87, p. 20.

93 In GOMES, Orlando *et al.*, op. cit., nota 87, p. 104.

dizendo que é necessário ao software estar expresso em código binário[94], o que de modo algum procede como mais adiante será elucidado.

M. J. P. dos Santos[95] diz que "na sua concepção mais simples, programa de computador designa conjunto de instruções destinadas à realização de uma tarefa pelo computador. Instruções são, portanto, comandos em forma de código, que estabelecem uma seqüência de operações e que são interpretados e executados pela máquina. Para que isto ocorra é necessário que o programa esteja em 'linguagem de máquina', ou seja, escrito no código que pode ser compreendido pelo computador, constituído por elementos binários. Porém a programação é iniciada em linguagem simbólica, com uma sintaxe muito próxima da linguagem convencional. Por esta razão é chamada de 'linguagem de alto nível', enquanto aquela 'linguagem de baixo nível'". Dentre todas as definições até aqui expostas, esta certamente é a mais adequada. Apesar de simples, é imbuída de um alto grau de precisão, diferentemente do que ocorre com as demais. Entretanto, ao se propor a explicar a forma como ocorre o trabalho de programação e o diálogo do software com a máquina o autor não deixa suficientemente clara a distinção entre a linguagem de alto nível e a de baixo, bem como confunde a linguagem de baixo nível com a linguagem da máquina, o que é um equívoco.

O International Bureau of the World Intellectual Property Organization publicou o *Model Provisions on the Protection of Computer Software*[96], no qual estipulou o entendimento de que o software subdivide-se em três categoriais: "(i) *Computer program means a set of instructions capable, when incorporated in a machine readable medium, of causing a machine, having information-processing capabilities, to indicate, perform or achieve a particular function, task or result*; (ii) *Program description means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine a set of instructions constituting a corresponding computer program*; (iii) *Supporting material means any material, other than a computer program or a program description,*

94 O autor ainda chega a confundir circuito elétrico com corrente elétrica, dizendo que o código binário traduz o bloqueio ou fluxo do circuito e não da corrente. Esclareça-se que um circuito é estático, ele não flui e nem "passa", o circuito é meramente o caminho que a corrente elétrica percorre. Esta de fato flui. Para ficar claro, o circuito elétrico está para a corrente elétrica tal qual o autódromo está para os carros de corrida. O autódromo não "passa" e nem fica bloqueado, mas sim os carros que nele estão.

95 Santos, Manoel Joaquim Pereira dos, *Objeto e Limites da Proteção Autoral de Programas de Computador*, Tese de Doutorado (Apresentada ao Departamento de Direito Civil da FDUSP em 27/08/2003), São Paulo, 2003 pp. 21 e 22.

96 *WIPO Publication* no. 814.

created for aiding the understanding of application of a computer program, for example, problem description and user instructions"[97].

Este entendimento da WIPO, apesar de jamais ter sido consolidado por meio de tratado internacional, influenciou grandemente a doutrina e as legislações por todo o mundo, sendo mais refinada do que as definições acima expostas, as quais prosperam na doutrina pátria. Contudo, ressalvado o mérito de haver estipulado uma definição mais técnica (considerando a descrição do programa de computador no item "i"), é criticável o fato de ter distinguido o software do programa de computador, tornando o software um conceito muito mais amplo, abrangendo até mesmo os manuais de suporte o usuário, fato que acima já criticamos[98].

Segundo A. D. Pereira[99], a consagração de definições legais de software é recorrente nos diversos ordenamentos jurídicos ao redor do globo. O autor cita, a título de exemplo, entre outras, a legislação estadunidense que reza "*a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result (17 US CODE p. 101, Act of December 12, 1980)*", cita, também, a legislação japonesa que define "uma expressão de instruções combinadas dadas ao computador de maneira a fazê-lo trabalhar e obter um certo resultado (art. 2 Lei 62 de 14 de junho de 1985)" e a lei portuguesa que define o software como "um conjunto de instruções capazes, quando inseridas num suporte explorável em máquina, de permitir à maquina que tem por funções o tratamento de informações indicar, executar ou produzir determinada função tarefa ou resultado (Lei da Criminalidade Informática, art. 2°, 'c')". O autor também entende ser problemático o fato de o legislador da comunidade européia ter sido omisso em uma definição ao contrário da tendência mundial e mesmo da WIPO que no que ficou conhecido como Livro Verde 1988, p. 164 dizia ser o programa de

97 Tradução livre: (i) Programa de computador significa um conjunto de instruções capaz, quando incorporado em meio legível por uma máquina, de fazer uma máquina, que tenha capacidade de processar informações, indicar, realizar ou alcançar uma determinada função, tarefa ou resultado; (ii) Descrição de programa significa uma apresentação procedimental completa em forma verbal, esquemática ou outra, suficientemente detalhada para determinar um conjunto de instruções que constituem e correspondem a um programa de computador; (iii) Material de suporte significa qualquer material, além do programa de computador e da sua descrição, criado para facilitar o entendimento do funcionamento de um programa de computador, como, por exemplo, descrição de problemas ou manual do usuário.

98 Note-se que os manuais e materiais relativos ao software, sendo destinados à compreensão humana do seu funcionamento, receberiam mais adequadamente a tutela das obras literárias e artísticas, visto serem de natureza idêntica a estas e muito distinta daquela dos softwares.

99 In *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital,* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Stvdia Ivridica 55*, Coimbra, Coimbra, 2001, p. 469.

computador "um conjunto de instruções destinado a permitir que um dispositivo de tratamento da informação, um computador, execute as suas funções".

No Brasil, a primeira lei a cuidar da proteção jurídica do software foi a Lei 7646 de 18 de dezembro de 1987. Nela, já no parágrafo único do artigo primeiro, encontramos a definição do software enquanto "a expressão de um conjunto organizado de instruções, em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados". Esta lei foi revogada pela Lei 9609 de 19 de fevereiro de 1998, que, contudo, apenas repetiu, em seu artigo inicial, o conceito já estabelecido pela lei anterior, de modo que permanece esta a atual definição legal de software vigente em nosso país.

Comparativamente ao que aqui se estudou, a definição da nossa atual Lei do Software pode ser considerada técnica. Todavia, um termo chama atenção e parece inadequado: necessário. Com relação ao primeiro, não parece claro a quem o seu emprego é necessário se à máquina ou se ao próprio software (para que funcione). A primeira hipótese já foi refutada acima, a máquina necessita de um software para funcionar, mas não necessita de todos e nem são eles equivalentes e substituíveis, existindo diferentes espécies de software. Caso se pense na segunda hipótese, a própria definição pareceria incoerente, vez que definiu que o software pode estar incorporado em "suporte físico de qualquer natureza" e aqui estaria dizendo que ele necessariamente tem de estar empregado em uma "máquina automática de tratamento da informação". Assim, qualquer que seja a sua significação, o termo necessário foi incorretamente colocado na definição legal.

Por último, é criticável que se conceitue o software como uma expressão. O software, assim como os demais bens intelectuais, é um objeto abstrato, intangível, não podendo ser confundido com sua expressão concreta. A linguagem natural ou codificada parece sugerir a temática do código-fonte contraposto ao código-objeto (ambos abaixo explicados), mas o que a lei protege não é a expressão do software em uma ou ambas as linguagens. Ela protege o software em si, qualquer que seja a linguagem em que se expresse[100]. A diferença é sútil, porém relevante.

100 Sobre a problemática da tutela legal incidir indiferentemente sobre o código-fonte e o código-objeto, sem

Definir conceitualmente dado objeto de estudo certamente não é tarefa fácil. Alguns conceitos que a um leigo podem parecer simples, como a vida ou a liberdade, causam as mais intrincadas discussões científicas sem que jamais se chegue a um conceito unívoco, quando se chega a algum. Assim, não seria de se estranhar a dificuldade encontrada pelos juristas em definir o que é software. Contudo, o software não é como a liberdade, que é um conceito primário de significação precipuamente individual e, ao mesmo tempo, plurívoca e ampla. O software é antes fruto do desenvolvimento técnico, tecnológico e intelectual da Humanidade, de modo que o seu conceito não pode estar impregnado dessas mesmas três características.

Uma possível resposta para esta dificuldade enfrentada pelos juristas encontra-se na falta de familiaridade com esta área tão distante do conhecimento, a qual poucos se propõem desbravar. A situação se agrava muito pelo fato de que aqueles que são cultos nessa área raramente se interessarem em definições profundas e precisas daquilo em que são peritos. Preocupam-se, em geral, tão somente em resolver os problemas da prática, em explicar como funciona, mas raramente pode-se encontrar quem tenha interesse em elucidar a natureza daquilo que desenvolvem com tanto empenho. Desta forma, a um leigo em tecnologia informacional, neste caso o jurista, a busca por uma compreensão exata do assunto torna-se severamente comprometida desde o princípio.

Por outro lado, atualmente, a maior parte das pessoas com certo grau de instrução já está familiarizada com o termo software e certamente já utilizou algum, fato que gera uma falsa sensação de conhecimento do assunto e leva muitos a acreditarem que é possível prescindir de uma definição técnica. Quanto a este ponto é válido citar A. D. Pereira o qual nos lembra que "a importância de definir o que é um programa de computador não significa que seja de esperar que o legislador consagre um compêndio de definições de informática, mas, ao menos que recorte, pela positiva ou pela negativa, o tipo de situações às quais pretende aplicar o regime que institui, sob pena de este regime não ter objecto"[101].

Portanto, por mais que não se possa exigir do legislador ou do jurista uma definição de software com o mesmo rigor com que deveria ser exigido de um programador ou de um engenheiro de software,

---

qualquer preocupação com a forma de transmissão dos softwares, ver capítulo 5.2.

101 Pereira, Alexandre Dias, op. cit., nota 99, p. 468.

também não é possível deixar de definir dentro do direito o que se entende pelo termo com o máximo rigor possível para que não ocorram impropriedades tais como proteger-se aquilo que não é ontologicamente software ou deixar de proteger aquilo que de fato é ou ainda proteger-se o software com um regime que a ele não é o mais adequado. Escorado nestas premissas é que se entende que este trabalho deve deter-se por mais alguns instantes na busca de um conceito preciso do objeto central desta tese.

Buscando o vocábulo no dicionário Houaiss da Língua Portuguesa encontra-se a seguinte definição "conjunto de componentes lógicos de um computador ou sistema de processamento de dados; programa, rotina ou conjunto de instruções que controlam o funcionamento de um computador; suporte lógico."[102]. Em um dicionário especializado de computação encontra-se que o software são "*programs, procedures, rules and any associated documentation pertaining to the operation of a system*" onde programa quer dizer "*a sequence of instructions suitable for processing by a computer. Processing may include the use of an assembler, a compiler, an interpreter, or a translator to prepare the program for execution, as well as to execute it*"[103].

Para entender-se o que se quer dizer com a palavra software, é primordial saber o que é e como funciona um computador[104]. O computador é uma máquina que imita eletronicamente um modelo de trabalho com números e aritmética. Ou seja, o que para nós são números e abstrações para o computador são elétrons percorrendo seus circuitos.

Notadamente, o sistema com que nós trabalhamos os números é decimal, o que significa dizer que utilizamos 10 (dez) diferentes símbolos (composto pelos algarismos de 0 a 9) para compor todos os números que pudermos imaginar, bem como para realizar todas as operações matemáticas. O computador, por outro lado, não possui a capacidade de pensar de forma abstrata e nem tem como

---

102 In op. cit., nota 6, p. 2599.

103 In *Dictionary of Computing: Information Processing, Personal Computing, Telecommunications, Office Systems, IBM-specific Terms*, IBM, 1987, p 338 e 397. Tradução livre: "Programas, procedimentos, regras ou qualquer documentação relacionada a operação de um sistema" e "uma seqüência de instruções adequadas ao processamento por um computador. Processamento pode incluir o uso de um montador, compilador, intérprete ou um tradutor para preparar o programa para a execução, bem como para executá-lo".

104 Toda a explicação que segue a respeito do funcionamento do computador é um síntese de conhecimentos obtidos na obra de Norton, Peter, *Inside the IBM PC: Access to advanced features and programming*, 1986, trad. port. de D. Vieira, *Desvendando o IBM PC: Acesso a Características Avançadas e Programação*, 2a. Ed., Rio de Janeiro, Campus, 1988.

classificar a corrente elétrica segundo 10 (dez) diferentes estados, mas apenas 2 (dois), quais sejam, a passagem de corrente e sua ausência. Por sorte, não existe qualquer diferença entre a aritmética de 2 (dois) símbolos e a de 10 (dez), assim como não existe para quaisquer outros valores acima de, pasmem, 2 (dois). O sistema de 2 (dois) símbolos é usualmente conhecido como sistema binário, que nós representamos através dos algarismos 0 (zero) e 1 (um)[105].

O computador, entretanto, como já dito, não conhece os algarismos, nem os números tais como nós os pensamos e, portanto, é apenas a título de ilustração que se pode dizer que a linguagem do computador é composta por 0s (zeros) e 1s (uns). A chamada "linguagem de máquina" é nada mais do que a presença ou ausência de corrente elétrica que causa uma alteração do estado físico do computador, sendo o código binário um artífice criado para facilitar nossa compreensão e cálculo das reações da máquina[106].

Como dito, o computador pode realizar imitações de modelos de trabalho com números e aritmética e pode fazê-lo de acordo com as quatro operações básicas da matemática (soma, subtração, multiplicação e divisão). Porém o computador é mais do que uma grande calculadora e consegue realizar muitas outras funções além de meras operações aritméticas. Isso em grande parte é devido ao software que opera como um tutor do computador dando as instruções corretas de que processos ele deve realizar. Assim, qualquer comando simples de um software é traduzido em uma série de processos aritméticos altamente intrincados para o computador.

Os programadores, contudo, não fazem uso da linguagem da máquina para trabalhar e elaborar os softwares, visto que isto seria um trabalho praticamente impossível, exigindo um esforço descomunal. O que eles usam é o se conhece por linguagem de programação. Porém, não existe tão somente uma linguagem de programação, mas várias, as quais podem ser classificadas em dois grupos: o das (i) linguagens de baixo nível (ou linguagens *assembly*[107]) e o das (ii) linguagens de alto nível.

---

105 Poderiam ser quais quer outros símbolos, desde que um deles representasse o nada, o zero, e o outro uma unidade. O que importa é a idéia e não o símbolo.

106 O computador não tem vida e, portanto, ele não lê as instruções que recebe em linguagem de máquina e nelas se baseia para tomar uma decisão. A relação é meramente de causa e efeito, a passagem de corrente elétrica gera uma reação, bem como a ausência gera outra.

107 Em português este termo pode ser traduzido por assembléia, embora não seja usual a tradução desse termo entre os especialistas lusófonos.

O primeiro grupo é, na verdade, unitário e faz contraposição a todos os outros tipos de linguagens de programação[108]. A linguagem de baixo nível, também conhecida como *assembly*, é assim chamada por ser uma mera tradução do código binário, que representa a linguagem de máquina, em termos mais acessíveis e compreensíveis aos olhos humanos (usando-se para tanto o alfabeto). Assim, para cada instrução em linguagem de máquina existe uma tradução correspondente em linguagem *assembly*. Por este motivo e outros mais, esta é uma linguagem muito trabalhosa e que exige do programador conhecimentos profundos a respeito do funcionamento e da lógica do computador para que suas instruções sejam capazes de orientar o computador a produzir o fim desejado.

O segundo grupo é muito maior, composto por todas as demais linguagens que não a *assembly*. Tais linguagens, diferentemente desta, baseiam-se em duas idéias básicas: (i) reduzir muitas instruções em linguagem de máquina a um único comando; e (ii) deixar que a máquina se preocupe com os detalhes inerentes ao seu *modus operandi*. Desta forma, muitos detalhes são eliminados e o programador tem seu trabalho simplificado, apesar de haver perdas no potencial e na eficiência da máquina[109].

Qualquer que seja a linguagem escolhida pelo programador, todo aquele conjunto de instruções em linguagem de programação deverá ser traduzido para a linguagem da máquina, ou seja, o código-fonte do programa (que pode ser originalmente *assembly* ou de alto nível) será traduzido em código-objeto (em linguagem de máquina) o que é feito por em software tradutor. Mas não é o tradutor quem se comunica diretamente com o computador e sim aquilo a que chamam ROM-BIOS (Basic Input Output Software). Este software é quem dá instruções precisas ao computador em linguagem de máquina e coordena as tarefas de todos os periféricos[110].

Com tudo o que foi dito, pode-se perceber o trabalho árduo que, em tese, teria um programador, se apenas dele dependesse a elaboração de softwares que conduzissem o computador na realização das mais diversas atividades. Por isso, "um dos elementos-chave para a programação prática, assim como

108 Na realidade, a linguagem *assembly* tem relação direta com a arquitetura do hardware, de modo que cada hardware tem um tipo diferente de linguagem *assembly* não transportável para outras arquiteturas, o que faz com que existam no mínimo tantas linguagens *assembly* quantas forem as diferentes arquiteturas de hardware. Todavia, todas são linguagens semelhantes e seguem os mesmos princípios lógicos ao contrário do que ocorre com as linguagens de alto nível que são portáveis e seguem uma lógica própria sem relação com aquelas de suas irmãs.

109 As linguagens de alto nível são criadas se qualquer atenção as especifidades de um ou outro tipo de hardware, de modo que são compatíveis com vários deles, mas, ao mesmo tempo, possuem pequenas incompatibilidades com todos.

110 Norton, Peter e Wilton, Richard, op. cit., nota 104, p. 42.

para praticamente tudo, é o velho princípio do dividir e conquistar – qualquer tarefa é mais fácil de se lidar quando dividida em partes distintas. A programação funciona também dessa forma, e o processo de desenvolvimento de um programa foi estabelecido de um modo que seja prático dividir um programa em partes funcionais e depois juntar todo o programa através de suas partes"[111].

Assim, pode-se descrever o trabalho do programador como um esforço contínuo de entender a lógica do computador para então poder expressar as melhores instruções à máquina, a fim de obter dela determinado resultado. Sabendo-se que o computador processa as instruções através de imitações de números e aritmética, o trabalho do programador é descobrir quais conjuntos numéricos (algoritmos) serão eficientes para gerar determinados efeitos e a melhor forma de fazê-lo, como disse P. NORTON, é dividindo o trabalho.

Esta é uma importante distinção entre um software e um livro. Se uma quantidade grande de autores se empenhar em escrever conjuntamente um único livro provavelmente haverá problemas sérios de coerência ao longo do texto causados pela pluralidade de escritores, vez que cada autor escreverá sua parte de acordo com o seu próprio entendimento pessoal dos fatos. Por outro lado, o software baseia-se na lógica única da máquina e todos os programadores necessariamente devem respeitá-la, se desejam dela obter qualquer resultado com o programa que escrevem, o que elimina a possibilidade de incoerência ao longo do código (aquilo que for incoerente simplesmente não produzirá o efeito desejado).

Deste modo, uma pluralidade de programadores conseguiria, dividindo o trabalho, apreender mais a fundo tal lógica e elaborar instruções muito mais precisas (visto que a cada um dos programadores caberia uma parte menor do trabalho, à qual ele poderia dedicar-se com maior intensidade), o que diminui a probabilidade de erros e aumenta a eficiência na execução das tarefas, explorando-se ao máximo o potencial da máquina[112]. Esta é a idéia básica sobre a qual se sustenta o software de código-fonte aberto (aqui aproximando-se os conceitos de software livre e *open source*[113]),

111 NORTON, Peter, op. cit., nota 104, p. 195.

112 Nesse sentido, o trabalho do programador se assemelha mais ao trabalho do cientista do que ao trabalho do escritor, visto que existe muito pouco do elemento subjetivo e pessoal na elaboração do software e muito do trabalho de investigação empírica, da tentativa e erro, característico do desenvolvimento das ciências.

113 Sobre a distinção entre ambos ver capítulo 4.1.4.

idéia que será devidamente abordada adiante[114].

Após esta longa, mas indispensável, digressão, cabe fechar o presente subcapítulo adotando uma definição de software que se entenda a mais adequada após conhecer-se a natureza do software.

Por falta de preparo e maturidade no tema, a honestidade obriga adotar-se aqui uma definição de terceiros para evitar as mazelas de uma empreitada digna de um Ícaro. Destarte, tomando-se por pressuposta a elucidação aqui realizada do tema, a definição entendida como mais adequada ao conhecimento jurídico do assunto é aquela dada pela WIPO, apenas com a restrição de que, neste trabalho, programa de computador e software são entendidos como sinônimos, de modo que a definição do que é software se reduz apenas a "*a set of instructions capable, when incorporated in a machine readable medium, of causing a machine, having information-processing capabilities, to indicate, perform or achieve a particular function, task or result*". A descrição do programa e o material de suporte deveriam ser protegidos pela Lei de Direitos Autorais e não pela Lei de Software, já que eles são obra escrita e não o programa propriamente dito.

3.2. Breve Histórico

Antes de adentrar as propostas de modelos de proteção jurídica do software, é interessante saber um pouco a respeito de sua história, com o que necessariamente estudar-se-á a história do desenvolvimento da informática, à qual o software está intimamente relacionado.

A informática e os computadores em sua infância, contada a partir dos anos cinqüenta e até meados dos anos setenta do século XX, era voltada exclusivamente para a produção de grandes computadores (aqui em oposição aos nossos atuais microcomputadores)[115]. À época não existia uma diferenciação muito clara entre hardware e software (e o desenvolvimento do hardware era tido como mais importante e lucrativo), de modo que as empresas do ramo dedicavam-se quase que exclusivamente

114 Ver capítulo 4.

115 "Nos primeiros anos de existência, os computadores eram grandes máquinas, localizadas em salas climatizadas e isoladas dos usuários individuais." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 29.

ao aprimoramento das máquinas deixando os softwares para serem aperfeiçoados pelos próprios usuários. Assim, empresas como a gigante estadunidense IBM (a "Big Blue") disponibilizavam o código-fonte dos seus softwares livremente aos usuários que normalmente realizavam alterações que adequassem o software às suas preferências locais[116].

Nesse período, a comunidade restrita de usuários e desenvolvedores de software compartilhava abertamente suas modificações, avanços e desenvolvimentos em cima do código-fonte original, disponibilizado juntamente com o hardware. Assim, formaram-se grupos ou comunidades de usuários que compartilhavam informações e códigos ligados ao tipo de hardware utilizado, dentre os quais, comunidades tais como a SHARE[117] especializada em computadores IBM; ou a DECUS[118], formada por especialistas na arquitetura dos computadores da Hewlett-Packard (HP); ou ainda os hackers do MIT, especializados nos TX-0, bem como nos PDP-n todos da DEC[119].

Os membros dessas comunidades geralmente eram também estudantes de ciências da computação de importantes centros de pesquisa (tais como o Massachusetts Institute of Technology – MIT) ou trabalhavam desenvolvendo tecnologias ligadas à computação de dados. Autodenominaram-se *hackers* como símbolo de perícia no assunto e tinham como elo o forte interesse em compreender e inovar o desenvolvimento de softwares. Essas comunidades de *hackers* logo adotaram um conjunto de ideais que visam propiciar da melhor forma possível os meios para que os seus membros alcancem esses fins, dentre os quais pode-se citar: (i) livre questionamento; (ii) hostilidade a qualquer forma de segredo; (iii) compartilhamento de informação como princípio e prática; e (iv) defesa do direito de estudar e

---

116 "*During the 1980's IBM came to rely on copyright to protect its library of software. This was a dramatic change of policy. IBM had built up its almost total dominance of the international computing industry by giving away its software. Why did it change its strategy? (...) Not only was IBM giving away its software, it was also actively campaigning against proprietary control over software. In 1966 the vice president of IBM, sitting on President's Commission on the Patent System, proposed that patents should not be granted to software.*" Tradução livre: Durante os anos 1980, a IBM passou a contar com os direitos autorais para proteger sua biblioteca de software. Esta foi uma mudança drástica em sua política. A IBM construíra seu quase absoluto domínio sobre a indústria internacional de computadores distribuindo gratuitamente seu software. Por que mudou sua estratégia? (...) Não apenas a IBM distribuía seu software gratuitamente, como também realizava campanhas contra o controle proprietário sobre software. Em 1966, o vice-presidente da IBM, encontrando-se na Comissão Presidencial sobre O Sistema de Patentes, propôs que as patentes não deveriam ser outorgadas em matéria de software. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 170. Ver também: http://en.wikipedia.org/wiki/Free_software.

117 http://en.wikipedia.org/wiki/SHARE_%28computing%29.

118 http://en.wikipedia.org/wiki/DECUS.

119 In Levy, Steven, *Hackers: Heroes of the Computer Revolution*, New York, Penguin Books, 2001.

alterar softwares[120].

A começar nos anos setenta do século XX, entretanto, gradualmente este esquema foi se alterando. As indústrias de computadores passaram a impor restrições aos usuários de software através de licenças de uso que inibiam a liberdade que outrora estes usufruíam. Essa mudança ocorreu principalmente por que tais empresas passaram a vislumbrar a possibilidade de melhores lucros através do licenciamento de softwares, bem como por existir um interesse em manter em segredo a arquitetura de seus hardwares, como forma de evitar-se o risco de que terceiros desenvolvessem softwares compatíveis com suas máquinas e se tornassem concorrentes dentro de sua própria arquitetura.

Deste modo, no início dos anos oitenta daquele século, a mentalidade e forma de desenvolvimento de software já havia sido completamente alterada e o segredo passou a ser a norma e as empresas arrogaram a tarefa do desenvolvimento e comercialização de softwares, sendo os *hackers* taxados de ladrões e marginalizados socialmente através do bombardeamento da população feito com um discurso midiático que rotulou os *hackers* como os malfeitores do mundo cibernético[121].

Não foi apenas a lei que criou um obstáculo ao estudo do software por seus usuários, dando guarida aos interesses privatistas das empresas desenvolvedoras de software. Também foram criados obstáculos técnicos a este estudo, uma vez que a lei, a partir criação dos microcomputadores, certamente não teria meios de sozinha coibir tal estudo feito a partir de máquinas individuais dentro das próprias casas dos *hackers*. Passou, então, a ser comum que as empresas não mais disponibilizassem os códigos-fonte dos softwares, mas o arquivo compilado pronto para ser executado, ou seja, em seus códigos-objeto.

---

120 http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_culture, acessado em 22/02/2007. Para um conhecimento profundo e detalhado sobre estes acontecimentos ver: LEVY, Steven, op. cit., nota 119.

121 É certo, contudo, que existem *hackers* que invadem sistemas tanto para desviar dinheiro ou informações, como também aqueles que o fazem apenas para provar suas habilidades aos demais *hackers*. Todavia, propagou-se nisto uma confusão de termos. Os indivíduos que adotam esse tipo de postura e se divertem derrubando sistemas tidos como seguros são mais corretamente conhecidos como *crackers* e não partilham dos mesmos interesses que os *hackers*. Curiosamente, contudo, apesar de a palavra *hacker* ser do conhecimento de grande parte da população, que certamente já leu ou ouviu falar de tais indivíduos nos noticiários, o termo *cracker* é largamente desconhecido até mesmo quando se utiliza como espaço amostral tão somente as pessoas *online* (aqui significando os digitalmente incluídos, com acesso à internet). Não há dúvidas de que a confusão dos termos tenha pelejado contra os *hackers* e em favor daqueles que desejavam denegrir o termo. Para saber mais a respeito do assunto: http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_culture e http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_definition_controversy. Ver ainda o capítulo do presente estudo 4.1.3.6.

Dificultou-se, portanto, tremendamente o trabalho daquele que realmente se interessasse em conhecer o funcionamento da máquina que possuía em sua casa, para não se mencionar o esforço exigido se este procurasse realizar adaptações no software que viessem de encontro com as suas necessidades particulares. O que no fim das contas ainda poderia resultar em ilícito tanto civil como penal, vez que a lei amparava a pretensão das empresas de software de terem os seus programas protegidos contra qualquer alteração feita por terceiros.

Os *hackers*, todavia, por motivos tanto ideológicos como práticos não cederam à nova cultura. Mais ainda, passaram a lhe fazer frente e criaram uma subcultura voluntária com o objetivo de rever os paradigmas desta que se assentou em nossa sociedade contemporânea. Várias propostas surgiram, tais como a Free Software Foundation (maior expoente do movimento pelo Software Livre), o GNU Project, o movimento Open Source e, recentemente, o Creative Commons[122].

Para defender os interesses das empresas de desenvolvimento de software, diversas propostas surgiram na doutrina, tendo de certa forma prevalecido a do *copyright* (no Brasil, os direitos autorais) mas outras propostas já foram feitas e é o que será estudado em detalhe no subcapítulo a seguir.

3.3. No Mundo: as Diferentes Propostas

Desde o surgimento dos computadores e da informática[123], já se tentou proteger os mercadores de software sob os mais diversos regimes. No período inicial do desenvolvimento da informática, não se pensava no software enquanto algo distinto e autônomo em relação ao hardware, mas sim como algo a

122 Estes movimentos são abordados em detalhe no transcurso do capítulo 4.

123 Usualmente, diz-se que a informática teve seus primórdios durante os anos sessenta do século passado. Entretanto, há muita controvérsia quando à estipulação de uma data inicial, pois para tanto seria necessário elencar taxativamente qual teria sido a primeira máquina capaz de enquadrar-se na qualidade de computador e, portanto, quem foi o criador da moderna computação. A questão se torna controversa a medida em que o termo "computador" refere-se a um ser capaz de computar dados, o que é uma definição muito ampla e muitas máquinas já tinham essa capacidade mesmo sem guardar semelhança próxima com os computadores contemporâneos. Uma das possíveis respostas seria dizer que a informática, tal qual a conhecemos hoje, deu seu primeiro passo quando da criação das "Z Machines" de Konrad Zuse, no ano de 1941, mas que somente ganhou relevância prática a partir dos anos sessenta com a criação das máquinas baseadas em transístores, substituindo as máquinas à vácuo, o que barateou o custo dos computadores, além de aumentar muito a sua capacidade de processamento de dados. Obtido em http://en.wikipedia.org/wiki/Computer.

este inerente, de modo que somente se cogitava proteger os comerciantes de software na medida em que este fosse uma parte integrante do hardware, não existindo um regime autônomo de proteção àquele. Assim, durante esta fase, o software não era entendido como um ativo intelectual, não recaindo sobre ele quaisquer direitos de propriedade intelectual[124].

Como explicado no subitem anterior, durante este período, havia de fato uma grande troca de informações entre os usuários de software e a regra era que os softwares fossem adaptados sempre às necessidades deles, usuários. A atividade de desenvolvimento de software era feita de modo colaborativo, pela empresa responsável pelo hardware e seus escassos consumidores. Logo, não havia preocupação por parte dos mercadores de software em buscar um regime de proteção exclusivo a este, o que contribuiu para o silêncio do direito a respeito da matéria.

Acresça-se, ainda, que, à época, a informática era área de interesse de pouquíssimas pessoas e praticamente desconhecida da avassaladora maioria, mesmo considerando-se apenas o espaço amostral das elites econômicas dos países desenvolvidos. Esta situação decorria do fato de que os computadores eram máquinas extremamente caras e grandes e, portanto, sem qualquer interesse para indivíduos, sendo seu uso restrito às empresas e ao Estado.

Mesmo no tocante às empresas, contudo, o computador não era largamente difundido, vez que as suas vantagens não eram inicialmente atrativas a todos os ramos do comércio ou, quando atrativas, nem sempre eram facilmente compreendidas pelos empresários. Sendo assim, não havia preocupação por parte dos juristas com a questão do software, deles ainda tão distante[125].

3.3.1. O *COPYRIGHT*

124 In BERTRAND, André, *La protection des logicels*, trad. port. de Dresch, Vanisede, *A Proteção Jurídica dos Programas de Computador*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, pp. 22 e ss.

125 Criticável, contudo, é que ainda hoje permaneça o desdém dos juristas brasileiros pela questão do software tão intensamente debatida em outras terras. Durante a fase de pesquisa para este estudo foi surpreendente constatar o quão escasso e superficial é o material nacional sobre o assunto, o que praticamente obrigou que se fizesse esta pesquisa somente com base em estudos alienígenas sobre a matéria e não comparativamente como é de praxe. A importância e urgência do assunto para o Brasil e para o mundo está presente ao longo de toda esta tese, mas será em especial discuta no capítulo 4.3.

Em um segundo momento, por volta do início dos anos setenta do século passado, a postura dos mercadores de software e hardware mudou. Com a queda no preço da produção dos computadores e conseqüente aumento no consumo, empresas como a IBM tiveram um aumento gigantesco na demanda por seus produtos, a ponto de até mesmo não conseguirem produzir o suficiente para abastecer o mercado[126]. Um marco importantíssimo na história do software foi a decisão da IBM de separar o seu software de seu hardware e vendê-los individualmente, o que logo foi imitado por outros fabricantes de hardware e propiciou a existência de softwares concorrentes para as diferentes arquiteturas de hardware[127].

A partir de então, o mercado de softwares passou a crescer rapidamente, principalmente dentro Estados Unidos, mas a maior inovação ainda estava por vir: o computador pessoal ou microcomputador (ou computador doméstico)[128]. Interessante notar que o primeiro computador individual foi fabricado nos Estados Unidos por um *hacker* chamado Edward Roberts, a partir de um *chip* da Intel, em uma época em que todas as grandes empresas do ramo consideravam a idéia de desenvolver e ofertar computadores aos consumidores individuais absurda[129]. E. Roberts, entretanto, motivado pelo ideal de expansão da ética *hacker* de acesso à informação[130] decidiu desenvolver um meio para que todos

126 "(...) enquanto nos anos 1965-1966 a IBM só fabricou 3800 modelos de 360, as encomendas se elevaram a 9013 unidades. Conseqüentemente cada encomenda só era firmada com prazo de entrega de 18 a 24 meses, quando não tinha ainda que passar por um sorteio. Com o IBM360 a informática penetrou, pela primeira vez, nas pequenas e médias empresas" In BERTRAND, André, op. cit., nota 124, p. 22.

127 "*The most crucial event was IBM's decision in late 1968 to 'unbundle' its software from its hardware.*" Tradução livre: O evento crucial foi a decisão da IBM, no fim do anos de 1968, de separar e comercializar a parte seu software e seu hardware. In MANN, Ronald J., *Do Patents Facilitate Financing in the Software Industry?*, in *Texas Law Review*, vol. 83, n. 4, março de 2005, disponível em PDF gratuitamente no site http://ssrn.com/abstract=510103, p. 968.

128 É impreciso empregar ambos os termos como se sinônimos fossem, pois em verdade não são. Microcomputador é o termo usado para designar os computadores que possuem um microprocessador, apesar de também serem muito menores do que os computadores *mainframe* que os precederam. Por outro lado, os computadores pessoais (*personal computers* ou PC's) constituem um tipo de microcomputador cujo preço, tamanho e capacidades são voltados para o uso doméstico ou individual. Para saber mais: http://en.wikipedia.org/wiki/Personal_computer, e http://en.wikipedia.org/wiki/Microcomputer.

129 "*It was an open secret that you could build a computer from one of those chips, but no one had previously dared to do it. The Big Boys from computerdom, particularly IBM, considered the whole concept absurd. What kind of nut would want a little computer? Even Intel, which made the chips, thought they were better suited for duty as pieces of traffic-light controllers than as minicomputers.*" Tradução livre: Era um segrego público que seria possível montar um computador a partir de um daqueles *chips*, mas ninguém houvera ousado fazê-lo. Os grandes no mercado de computadores, principalmente a IBM, consideravam a idéia absurda. Que tipo de louco quereria um pequeno computador? Até mesmo a Intel, que fabricava os chips, achava que eles eram mais adequados quando aplicados a semáforos do que quando em minicomputadores. In LEVY, Steven, op. cit., nota 119, p 189.

130 "*(...) building a computer for the masses. Something that would eliminate the Computer Priesthood for once and for*

tivessem acesso a ao menos uma parcela das grandes mudanças que estavam acontecendo em locais muito distantes da vida do cidadão comum[131].

O surgimento do computador pessoal em meados dos anos setenta impulsionou sobremaneira o setor e logo apareceram várias empresas de diferentes portes que, interessadas no súbito aumento do número de consumidores desse mercado, passaram a investir no desenvolvimento de softwares para poder competir por uma fatia desse mercado em constante ascensão[132].

Essas empresas, entretanto, logo perceberam que para aumentar o poder que exerciam dentro daquele mercado um paradigma básico deveria ser alterado: o software não poderia mais ser distribuído livremente em seu código-fonte, para que os usuários fizessem quaisquer alterações ou mesmo redistribuíssem e debatessem a seu respeito, ou o mercado estaria desde logo comprometido, pois os usuários domésticos jamais comprariam softwares que pudessem adquirir de amigos ou conhecidos. E pior, logo que uma empresa distribuísse o código-fonte de seu software as concorrentes teriam acesso a este código e poderiam incorporar partes (ou subrotinas) do mesmo em seus próprios softwares.

Assim, coube inicialmente ao direito achar as respostas aos anseios dos mercadores de software que até então careciam da proteção legal necessária para que pudessem obter lucros ótimos com o

---

all. He would use this new microprocessor technology to offer a computer to the world, and it would be so cheap that no one could afford not to buy." Tradução livre: (...) fabricar um computador para as massas. Algo que iria acabar com a Ordem dos Computadores de uma vez por todas. Ele usaria esta nova tecnologia de microprocessadores para oferecer computadores para o mundo e eles seriam tão baratos que todos poderiam comprá-lo. In LEVY, Steven, op. cit., nota 119, pp. 188.

131 Note-se que "grandes empresas da época, como a IBM, por exemplo, já possuíam desde o final da década de 1960 capacidade para desenvolver uma tecnologia de computadores menores, independentes dos grandes processadores, mas o 'microcomputador não correspondia, enquanto projeto, à imagem que a companhia tinha da informática do futuro.' (...) O controle da informação e a centralização dominavam os ideais empreendedores da época. Outras empresas menores também não quiseram apostar neste tipo de tecnologia." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota XX, p. 29. Perceba-se, portanto, que a quase totalidade das máquinas que hoje conhecemos pela alcunha de "computadores" teve sua origem em uma ética da inclusão e liberdade de inquisição *hacker*, não na pretensa inventividade somente possível através da outorga de monopólios intelectuais aos inventores.

132 "*The number of developments makes any list arbitrary, but for my purposes the first salient landmark in the fragmentation of the industry was the introduction of the personal computer in the mid-1970s (...) By the 1980s, the United States had a large and well-developed corporate software products industry with more than 1,800 firms.*" Tradução livre: O número de desenvolvimentos torna qualquer lista arbitrária, mas, para os meus propósitos, o primeiro grande marco na fragmentação da indústria foi a introdução do computador pessoal em meados dos anos 1970 (...) Nos anos 1980, os Estados Unidos tinham uma grande e bem desenvolvida indústria de softwares corporativos, com mais de 1800 empresas no ramo. In MANN, Ronald J., op. cit., nota 127, p. 968.

desenvolvimento de software[133]. A primeira resposta encontrada pelos juristas foi o direito autoral ou o *copyright*, vez que o código-fonte poderia ser transcrito e de certo modo guardava alguma semelhança com as obras escritas do direito autoral[134].

Esse modelo de proteção foi o que ganhou maior aceitação ao redor de todo o globo, a despeito de uma considerável resistência por parte de alguns autores que entendiam que o software carece de suficiente originalidade para ser considerado semelhante a uma obra o espírito, bem como pelo fato de que se considerar o software mais próximo às idéias do que às suas expressões o que impediria um proteção legal através do direito autoral e o aproximaria do direito de patentes[135].

Não obstante a resistência inicial à proteção legal dos comerciantes de software por um regime análogo ao dos direitos autorais, este ramo do direito, a princípio, parecia muito conveniente à sua proteção internacional, pois "por sua flexibilidade, pelas ações que autoriza para lutar contra a contrafação, por sua aproximação com convenções internacionais existentes, parece o meio melhor adaptado, capaz de dar às atividades de concepção de programa e à comercialização dos mesmos as seguranças indispensáveis e uma harmonização internacional favorável ao seu rápido desenvolvimento"[136]

Aqui toca-se em uma delicada questão: os mercadores de software logo perceberam que poderiam lucrar muito se conseguissem por algum modo apropriar-se do software que desenvolvem e comercializá-lo à parte do hardware necessário à sua pronta execução. Assim, buscaram inicialmente no direito uma salvaguarda aos seus interesses econômicos. O direito nas sociedades democráticas, contudo, não é (ou não pode ser explicitamente) uma ferramenta cuja função é satisfazer interesses de subgrupos dentro de uma dada sociedade, mas uma ferramenta necessária à plena realização dos fins da

133 Este raciocínio é criticado no capítulo 4.1.3.1.

134 "(...) a proteção dos programas (antes de 1968) não era prevista independentemente da proteção do hardware, portanto, sob o ângulo da propriedade industrial, ou seja, do direito das patentes. Apesar disso, um estudante americano, John Banzaff III, previu, pela primeira vez, em um artigo publicado nos Estados Unidos em 1964, a proteção dos programas pelo direito autoral (...)". In BERTRAND, André, op. cit., nota 124, p. 22.

135 "No início dos anos 1970 os europeus começaram a trabalhar a possibilidade de um regime de direitos intelectuais sobre o software, sendo que os direitos autorais logo ganharam destaque na doutrina alemã e francesa, apesar de permanecer controversa a aplicabilidade dos direitos autorais desde o seu princípio, vez que faltava um mínimo de originalidade no desenvolvimento de software e por seu desenvolvimento ter mais relação com as idéias do que com a expressão destas". In BERTRAND, André, op. cit., nota 124, p. 24.

136 BERTRAND, André, op. cit., nota 124, p. 29.

sociedade como um todo. Portanto, ele não pode simplesmente criar novos direitos a um subgrupo apenas porque este assim o desejava. Há de fazê-lo respaldado em um interesse maior da sociedade. Qual seria, então, este interesse social? As respostas variam conforme a visão que se tem dos direitos de propriedade intelectual.

Nos países de tradição continental civilista, cuja visão do direito tem um viés claramente filosófico, onde existe o direito autoral propriamente dito, caso do Brasil, a justificativa básica é a necessidade de se reconhecer o direito subjetivo do autor à sua obra, vez que esta é fruto do seu mais íntimo ser[137], aliado à busca da igualdade de tratamento a situações semelhantes. Ou seja, se o autor de uma obra intelectual tem o direito subjetivo de propriedade intelectual sobre a sua criação, por que não haveria de existir um direito semelhante do desenvolvedor de software, cujo labor intelectual e resultado do trabalho são tão semelhantes ao do autor?

Já os países da *common law*, cuja visão do direito é mais utilitária e econômica, e onde existe o regime do *copyright*, a justificativa dada à proteção dos interesses do desenvolvedor de software é a de que este privilégio econômico lhe é concedido com visas a resguardar o interesse maior da sociedade de incentivar o aprimoramento técnico e científico e a produção de conhecimento dentro de seu seio[138]. Ou seja, o interesse da sociedade em conceder ao desenvolvedor de software um privilégio de monopólio econômico sobre o seu software reside na esperança de que fazendo-o fomente o interesse de um número maior de indivíduos pelo exercício desta atividade. Cria-se, deste modo, um incentivo econômico à inovação.

Duas questões são então colocadas conforme o viés que se adote: (i) o labor intelectual e o seu resultado são, de fato, tão semelhantes para o escritor, pintor ou fotógrafo como o é para o

137 "*But the development of copyright in France developed to uphold the rights of the author, and relied heavily on a philosophy of moral rights (...) It is for these historical reasons that French copyright treats a protected work as an extension of the personality of the author (...)*" Tradução livre: Mas o desenvolvimento dos direitos autorais na França foi realizado para garantir os seus direitos e baseou-se em uma visão filosófica dos direitos morais (...) É por estas razões históricas que os direitos autorais franceses tratam as obras protegidas como um extensão da personalidade do seu autor. In Davies, William, e Withers Kay, op. cit,, nota 27, p. 16.

138 "*(...) the interruption to the competitive market is deemed necessary to provide sufficient incentive for creators and innovators to continue adding to society's stock of cultural works and scientific knowledge*" Tradução livre: a interrupção da competição no mercado é entendida necessária para prover incentivos suficientes aos criadores e inventores para que estes continuem aumentando o estoque social de obras culturais e conhecimento científico. Em Davies, William, e Withers Kay, op. cit, nota 27, p. 16.

desenvolvedor de software[139]?; (ii) a outorga de um monopólio econômico é realmente imprescindível ao fomento da inovação[140]?

A doutrina, grosso modo, parte do princípio de que a resposta "sim" a ambas as questões é inferência nitidamente lógica e necessária, a ponto de quase não se encontrar discussão a respeito destas questões, tidas como superadas nos primórdios do direito autoral. Todavia, deve-se estar sempre atento às mudanças dentro da sociedade e o questionamento das premissas sobre as quais ela se sustenta deve ser uma prática constante daquele que estuda o direito.

Assim, o foco deste trabalho é chamar a atenção para a possibilidade de uma resposta diferente desta que tem predominado. É o que se fará nos capítulos seguintes, por ora deve-se voltar ao exame dos meios de proteção dos interesses econômicos dos comerciantes de software.

Durante os anos setenta, oitenta e até o início dos anos noventa daquele século os direitos autorais predominaram nas legislações ao redor do mundo[141] e se tornaram a prática comum internacional. Seguindo esta tendência, o acordo TRIPS veio positivar os direitos autorais como padrão de proteção dos interesses dos comerciantes de software, fazendo-o em seu artigo décimo[142]. Não somente, também a WIPO consolidou este entendimento quando estabeleceu no artigo quarto do *Copyright Treaty*, adotado em 20 de dezembro de 1996, o regime do *copyright* como padrão internacional de proteção aos interesses dos comerciantes de software[143].

Todavia, apesar de os direitos autorais serem uma resposta muito satisfatória para os anseios de proteção legal dos mercadores de software contra a contrafação, ou seja, contra os seus próprios

139 Ou ainda, é o software uma expressão de algo pertencente à individualidade e ao íntimo ser o desenvolvedor de software?

140 Ambas estas questões são discutidas no capítulo 4.

141 "Essa situação mudou a partir da década de 1980, época em que a adoção da proteção autoral iniciou seu avanço, ao mesmo tempo em que a proteção patentária era rejeitada na maioria dos países". In SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos, op. cit., nota 95, p. 56.

142 *Article 10 – Computer Programs and Compilations of Data*

"*1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)*" Tradução Livre: Artigo 10 – Programas de Computador e Compilações de Dados: 1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

143 *Article 4 – Computer Programs*:

"*Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.*" Tradução livre: programas de computador são protegidos como obras literárias segundo o significado do artigo 2 da Convenção de Berna. Essa proteção se aplica aos programas de computador, independentemente do seu modo ou forma de expressão.

consumidores, o mesmo não pode ser dito com relação à concorrência. Isso porque tais direitos vedam a reprodução da obra, mas não constituem qualquer óbice à criação, pela concorrência, de programas semelhantes àqueles protegidos por direitos de autor[144]. A proteção se restringe à reprodução literal de todo o código ou de partes relevantes do mesmo, mas não veda a reprodução da idéia[145].

Apesar de parecer ser este um ponto forte dos direitos autorais (não restringirem as possibilidades inovativas da concorrência), para os comerciantes de software este é o seu ponto fraco, vez que existem formas relativamente fáceis de descompilar (ou desmontar) um programa e reescrevê-lo de modo diverso preservando as suas funções. O que constitui uma inibição técnica ao interesse desses comerciantes em alijar a concorrência[146]. Não demorou, pois, para que eles buscassem modos mais

---

144 "*One of the limitations of copyright law, particularly in the software code context, is that it only protects against activities related to unauthorized reproductions of a protected work. It does not prevent independent reinvention of a work, nor does it prohibit the creation of a product that functions similarly to the original, but uses a different literal expression*" Tradução livre: Uma das limitações do direito autoral, particularmente no contexto do código de software, é que ele apenas coíbe atividades relacionadas à reprodução não autorizada de uma obra protegida. Ele não impede a reinvenção independente de uma obra, nem proíbe a criação de um produto que tenha funções semelhantes, mas utilize uma expressão literal diferenciada. In LIPTON, Jacqueline D., *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for Software Protection*, in Hastings Law Journal, Fall, 2006, p. 10, acessível gratuitamente pelo site http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=901604.

145 Lei de Direitos Autorais:

"Artigo 8°. Não são objetos de proteção como direitos autorais de que trata esta lei:

Inciso I. As idéias, os procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais".

WIPO *Copyright Treaty*:

"*Article 2 – Scope of Copyrght Protection:*

Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such" Tradução livre: Artigo 2° - Escopo de Proteção Autoral: A proteção por direitos autorais refere-se às expressões e não às idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos enquanto tais.

TRIPS

"*Article 9.2. Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such*" Tradução livre: A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais.

Note-se, desde logo, que os direitos autorais também não servem para proteger procedimentos ou métodos de operação, o que é particularmente interessante quando se trata da proteção do software que acima já foi conceituado como sendo um conjunto de programas ou procedimentos, além de alguns autores o consideraram a expressão de um método matemático.

146 "*(...) it is very easy for a competitor to develop a program with even identical functional behaviour to the original, but completely different underlying literal code*" Tradução livre: é muito simples para um competidor desenvolver um programa com funções até mesmo idênticas, mas com um código completamente diferente. In LIPTON, Jacqueline D., op. cit., nota 144, p. 11. Esta afirmação é apenas parcialmente verdadeira, pois embora seja possível recorrer a estes métodos de recriação de software, códigos díspares podem resultar em softwares com funções semelhantes, entretanto, a funcionalidade do software certamente será comprometida, ou seja, ou o tempo de execução será diferente, ou o volume de memória utilizado ou ambos.

eficazes de impedir a existência de concorrência direta aos seus softwares. A resposta foi inicialmente encontrada nas patentes e depois no segredo de comércio aliado a técnicas aprimoradas de criptografia.

3.3.2. As Patentes de Software

Foi ainda no início dos anos setenta daquele século, mais precisamente no ano de 1972, que se intentou pela primeira vez patentear um software nos Estados Unidos[147]. Entretanto, a Suprema Corte estadunidense, em decisão genérica, rejeitou a possibilidade de conceder-se cartas patentes aos softwares, vez que estes enquadram-se no conceito de algoritmos matemáticos, gênero expressamente excluído do direito das patentes[148]. Desta forma, apesar de ter-se intentado a proteção dos interesses dos mercadores de software por meio da concessão de patentes de invenção quase que simultaneamente ao surgimento do sistema autoral, aquela forma de proteção encontrou-se obstada durante um longo período, ao passo que os sistemas autorais proliferavam largamente por todo o mundo.

O primeiro grande golpe em favor do regime das patentes foi dado ainda no início dos anos oitenta do século XX. Um novo caso envolvendo a concessão de carta patente a um software foi apresentado à Suprema Corte estadunidense, que dessa feita mudou parcialmente seu entendimento anterior, estabelecido no caso Gottschalk v. Benson. Crucial para esta mudança de entendimento da Corte estadunidense foi que o autor da ação não pleiteou todos os direitos de uso futuro sobre a equação em que o software se baseava, mas tão somente para uma aplicação industrial específica em que ele a havia utilizado[149].

---

147 Gottschalk vs. Benson 409 U.S. 63 (1972).

148 "*Mathematical algorithms (not just formulae) were declared non-patentable subject matter in an early Supreme Court Case, Gottschalk v. Benson. Throughout the 1970s, courts generally rejected software patent applications on the grounds that software was just a concatenation of unpatentable algorithms*" Tradução livre: Algoritmos matemáticos (não apenas fórmulas) foram declarados não susceptíveis à concessão de patentes em um antigo caso da Suprema Corte, Gottschalk v. Benson. Durante os anos 1970, as cortes genericamente rejeitaram pedidos de concessão de patente a softwares fundamentando esta decisão no entendimento de que eles eram nada mais do que a concatenação de algoritmos não passíveis de patente. In Cohen, Julie, e Lemley, Mark, *Patent Scope and Innovation in the Software Industry*, in *California Law Review*, vol. 89, 2001, p. 8, acessível pelo site http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=282790.

149 "*(...) however, the Court changed its view. In Diamond v. Diehr, it held that a process for continuously monitoring the temperature inside a synthetic rubber mold, using a computer and the well-known Arrhenius equation for mesuring cure time as a function of temperature and other variables, was patentable subject matter. Central to Court's decision was that the*

A mudança de posicionamento a princípio foi escorada no fato de que não se estava a proteger os interesses de um mercador de software pelo regime das patentes, mas sim reconhecendo que o fato de um software encontrar-se presente em uma invenção não poderia constituir impedimento à concessão de carta patente sobre ela[150]. Essa decisão foi muito controvertida, pois deu origem ao hábito dos comerciantes de software de buscar a concessão de patentes aos seus programas de forma mascarada, ou seja, sempre alegando que o que se intentava era que fosse concedida uma patente a uma invenção completamente diversa do software. Chegou-se a chamar essa situação de doutrina das palavras mágicas, segundo a qual o software era objeto de patente tão somente quando pronunciadas algumas palavras-chave[151].

Assim, durante os anos que se seguiram, os comerciantes de software buscaram patenteá-los com respaldo nas mais diversas e esdrúxulas justificativas, o que só mudou no ano de 1994, no qual um novo caso[152] a respeito do patenteamento de softwares foi decido pela *Federal Circuit Court of Appeals* estadunidense, dando início a um novo período na história da proteção legal dos interesses mercadores de software. Nesta decisão, a corte entendeu que para satisfazer o requisito de aplicação de um equipamento físico seria suficiente que o programa fosse utilizável em uma máquina genérica desde que

---

inventor did not claim all rights to the future uses of the Arrhenius equation but only to the particular application that he had invented in the context of an otherwise statutory industrial process." Tradução livre: entretanto, a Corte mudou seu entendimento. No caso Diamond v. Diehr (450 U.S. 175 - 1981), ela sustentou que um processo para monitoramento contínuo da temperatura interna de um molde de borracha, usando um computador e a conhecida equação de Arrhenius para medir precisamente o tempo em função da temperatura e outras variáveis, era objeto da concessão de carta patente. Central para a decisão da Corte foi que o inventor não reclamou todos os direitos de uso futuro da equação, mas apenas os referentes à sua aplicação particular do modo que ele havia concebido enquanto aplicação industrial. In COHEN, Julie, e LEMLEY, Mark, op. cit., nota 148, p. 9.

150 "O primeiro julgado da Suprema Corte que reconheceu a possibilidade de programas de computador serem protegidos por patentes foi proferida no famoso caso Diamond v. Diehr. Esta decisão foi uma evolução no entendimento que estava sendo esposado pela "*Court of Customs and Patent Appeals*". Sem derrogar o princípio adotado pelos casos Benson e Floock, a Suprema Corte aceitou que uma reivindicação poderia ser patenteável mesmo que envolvesse um programa de computador. Com base nesse posicionamento, o Escritório de Patentes norte-americano emitiu novos *guidelines* em 1981, que refletiam uma política administrativa mais favorável à concessão de patentes para todos os tipos de software." In SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos, op. cit., nota 95, pp. 59 e 60.

151 "*The Diehr decision and its appellate progeny created what might be termed 'the doctrine of the magic words'. Under this approach, software was patentable subject matter, but only if the applicant recited the magic words and pretended that she was patenting something else entirely.*" Tradução livre: O caso Diehr e sua prole de apelações criou o que pode-se chamar de 'a doutrina das palavras mágicas'. Segundo esta visão, o software era objeto da concessão de patentes, mas apenas se o peticionário recitasse as palavras mágicas e fingisse que queria patentear coisa completamente diversa. In COHEN, Julie, e LEMLEY, Mark, op. cit., nota 148, p. 9.

152 In re Alappat, 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994).

a fizesse funcionar de um modo particular[153]. A partir de então, o patenteamento de software passou a ser feito em escala muito maior do que acontecera nos anos precedentes[154].

O golpe de misericórdia foi dado pela decisão desta mesma corte no caso State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group[155], caso em que a corte decidiu que até mesmo o equipamento físico seria completamente desnecessário, desde que o processo ou a idéia fosse útil. A partir desta decisão, não houve mais como negar a coexistência das patentes ao lado dos direitos autorais enquanto regimes de proteção legal aos interesses dos mercadores de software.

Na Europa, a história da proteção legal dos interesses dos comerciantes de software por meio do regime das patentes seguiu um curso muito semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos. O "artigo 52.2(c) da Convenção de Munique[156] expressamente dizia que o programa de computador não pode ser considerado invenção, ao que se implica que ele não é patenteável. Essa regra, entretanto, foi suavizada por tribunais que entendiam que invenções das quais faziam parte programas de computador poderiam ser patenteadas não obstante a presença de tais programas"[157].

Com essa mudança de posicionamento de suas cortes, os Estados Unidos passaram também a defender no âmbito internacional que os países retirassem de seus ordenamentos jurídicos internos as restrições à concessão de patentes de invenção aos softwares[158].

---

153 In Cohen, Julie, e Lemley, Mark, op. cit., nota 148, p. 10.

154 "Durante o período de 12 anos entre a data da constituição da "Federal Circuit Court of Appeals" (que substituiu a CCPA), em outubro de 1982, e abril de 1994 o tribunal decidiu apenas três casos relativos à concessão de patentes para em 1994 (...). Contudo, apenas em 1994 o tribunal decidiu cinco casos. Este fato revela a importância que recebeu a matéria a partir dos anos 1990". In Santos, Manoel Joaquim Pereira dos, op. cit., nota 95, p. 60.

155 149 F.3d 1368 (Fed. Cir, 1998).

156 *Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention) – October 1973*

"*Article 52. Patentable Inventions.*

2. The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1:

c. Schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers".

Tradução livre: Convenção a Respeito da Concessão de Patentes Européias(Convenção Européia de Patentes) – Outubro de 197

"Artigo 52. Invenções Patenteáveis

2. As seguintes invenções em particular não deverão ser consideradas invenções, segundo o significado do parágrafo primeiro:

c. Esquemas, regras e métodos para a realização de atos mentais, jogos, ou negócios, e os programas de computador".

157 In Santos, Manoel Joaquim Pereira dos, op. cit., nota 95, p. 62.

158 Sobre as estratégias estadunidenses de coação no âmbito internacional ver: Basso, Maristela, *Propriedade*

Observe-se, entretanto, que a proteção por meio de patentes não é tão abrangente quanto a proteção pelo direito autoral. Este protege todo tipo de software, em sua integralidade, independentemente da existência de um passo inventivo ou inovador contido em seu código. As patentes, por outro lado, têm como objetivo proteger meramente o passo inventivo implementado por meio de um software, não a totalidade do seu código-fonte, como ocorre nos direitos autorais.

Isso acontece porque é virtualmente impossível que um software inteiro seja programado utilizando-se somente de passos inventivos, sem a presença de nenhum comando de conhecimento geral dos peritos na área. Assim, é enganoso falar-se em software patenteado, o que existe, em verdade, são patentes de comandos específicos (ou subrotinas) contidos no código-fonte de um determinado software[159].

A questão do patenteamento de softwares torna-se ainda mais controversa a medida em que os seus comerciantes conseguem restringir os direitos de acesso ao código-fonte em um grau ainda mais elevado do que permitido pela lei autoral e mesmo pela lei de patentes. O direito das patentes exige, daquele que pretende ser reconhecido como titular de uma patente, que, em troca deste direito, revele de forma minuciosa os passos inventivos de sua invenção, que devem ser inteligíveis e não podem ser óbvios à alguém com perícia na área do conhecimento em que foi concebida a invenção[160]. As patentes de software, contudo, na maior parte dos casos, são concedidas sem que haja semelhante revelação pública e minuciosa dos passos inventivos realizados por meio do seu código-fonte[161].

Ainda mais grave do que a situação descrita é o fato de que ao se patentear um passo inventivo

---

Intelectual na Era pós-OMC: Especial Referência aos Países Latino-Americanos, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

159 "*In short, it is wrong to speak of a commercial program as being 'patented' in the same sense that we might say it is 'copyrighted'. More properly, the software vendor has patents that cover certain inventions contained in the program. Many parts of the program, however, are unpatented.*" Tradução livre: Resumindo, é errado falar-se em um programa comercial "patenteado" no mesmo sentido em que dizemos que ele está "protegido por direitos autorais". Tecnicamente, o vendedor de software possui patentes que cobrem algumas invenções contidas no programa. Muitas das partes do programa, entretanto, não estão patenteadas. In COHEN, Julie, e LEMLEY, Mark, op. cit., nota 148, p. 26.

160 Em nossa lei estas condições encontram-se previstas nos artigos 8° e 24 da LPI (Lei 9279/96). O acordo TRIPS previu as mesmas regras em seus artigos 27.1 e 29.1.

161 "*The result is that software patentees generally do not disclose much, if any, detail about their programs, and therefore there is no easy way to figure out what a software patent owner has built except to reverse engineer the program.*" Tradução livre: o resultado é que os titulares de patentes de software não revelam muitos, quando algum, detalhes a respeito de seus programas e, portanto, não existe um meio fácil de descobrir o que foi elaborado, a não ser através da engenharia reversa do software. In COHEN, Julie, e LEMLEY, Mark, op. cit., nota 148, p. 25.

obtido em um software todo o restante dele é conjuntamente patenteado, havendo, portanto, um patenteamento de idéias e passos já considerados pertencentes ao domínio público. Isto, acrescido do fato de que não há uma preocupação real em descrever minuciosamente os passos inventivos constantes no código, faz com que informações que deveriam ser públicas tornem-se reservadas aos titulares de patentes, usurpando-se de parte do que seria domínio público[162]. Acima de tudo, como não se exige do comerciante de software que torne público o código-fonte de seu software a concessão da patente recai sobre algo que nem sequer é conhecido, recai sobre resultados, funcionalidades a pretexto de lidar com processos inventivos.

Do que acima foi dito, pode-se concluir que o regime de patentes isolado, quando corretamente aplicado, seria ineficaz para proteger os interesses dos comerciantes de software, já que apenas pequenas partes de seus softwares encontrar-se-iam protegidas por suas patentes (ou, quando eficaz, estaria-lhes criando direitos demasiadamente amplos), sendo todo o restante aberto à cópia e reprodução de seus concorrentes. Este regime, por ora, tem sido o dos direitos autorais, mas há quem sustente[163] que atualmente o melhor seria mudar-se para o regime do segredo industrial, inicialmente inviável, mas hoje possibilitado pelo aprimoramento das técnicas de criptografia.

3.3.3. O Segredo de Comércio

O segredo de comércio opera de modo muito distinto das patentes e do direito de autor. Este instituto visa proteger as informações, o conhecimento de um agente econômico, enquanto ele as mantiver reservadas a si[164]. Ou seja, terceiros somente estarão impedidos de acessarem-nas na medida em que o detentor as guardar consigo sem a ninguém dar acesso. A proteção é feita contra aqueles que tentam obter o segredo fazendo uso de meios ilícitos. É por isso que inicialmente o segredo de comércio

162 In Cohen, Julie, e Lemley, Mark, op. cit., nota 148, p. 25.

163 In Lipton, Jacqueline D., op. cit., nota 144, pp. 40 e ss.

164 "O segredo industrial corresponde a todo conhecimento reservado sobre idéias, produtos ou procedimentos industriais que o empresário deseja manter oculto, por seu valor competitivo para a empresa." In Fekete, Elizabeth Edith G. Kasnar, *Perfil do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro: Identificação e Análise Crítica*, Tese de Doutorado (apresentada ao Departamento de Direito Comercial da FDUSP em 06/1999), São Paulo, 1999, p. 39.

não pareceu ser um modelo adequado à proteção legal do software, por conter uma limitação técnica: ao licenciar-se um software o comerciante necessariamente estaria compartilhando-o com o adquirente, o qual poderia analisá-lo e desvendar o segredo, sem que houvesse qualquer sanção legal para esta conduta, já que o acesso ao software foi obtido por meios lícitos.

Contudo, com o desenvolvimento e aprimoramento de técnicas de criptografia em software, tornou-se possível a transferência do software livremente do desenvolvedor até o consumidor de forma que este último tivesse apenas um acesso limitado ao seu uso e à informação nele contida ou ao código textual do software. A criptografia tornou isto possível codificando as informações contidas no software de forma que elas sejam inteligíveis e úteis apenas àqueles que tiverem em sua posse a chave ou a senha. Assim, além de possuírem os direitos autorais do software desenvolvido e tentarem obter patentes com base em passos inventivos contidos em seu código-fonte, os comerciantes de software passaram a também restringir o acesso que o licenciado obtém através da licença de uso de software.

Estas restrições adotadas pela indústria do software receberam o nome de *Digital Rights Management* (Gerenciamento de Direitos Digitais), popularizados sob a sigla DRM e também conhecidos como *Digital Restrictions Management* (Gerenciamento de Restrições Digitais)[165]. Apesar de muito criticadas pelos fautores da informação livre desde o seu início, estas medidas, no começo, eram apenas um empecilho técnico, mas não um bloqueio à liberdade de conhecimento e informação. Isto porque é possível, por meio de softwares de engenharia reversa, produzir softwares com funcionalidades semelhantes ou idênticas àquelas do software protegido por DRM e este ato também não é juridicamente punível segundo as regras de segredo industrial, já que o acesso ao software foi obtido por meios lícitos[166].

O problema, entretanto, agravou-se quando a WIPO promulgou o *WIPO Copyright Treaty* – WCT – que, em seu artigo 11[167], deu guarida legal às medidas DRM, determinando que os Estados-

165 Esta diferença na nomenclatura evidentemente decorre de uma disputa ideológica existente entre aqueles que são defensores de uma cada vez mais ampla proteção dos direitos intelectuais e aqueles que defendem a sua relativização.

166 "*(...) it is easy for competitors who observe a new product to design and deploy products that include the functionality of that new product.*" Tradução livre: (...) é fácil para os competidores que observam um novo produto desenhar e desenvolver produtos que incluam a funcionalidade daquele novo produto. In MANN, Ronald J., op. cit., nota 127, p. 1020.

167 "*Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty*

membros da organização elaborassem leis que punissem aqueles que desrespeitassem estas medidas. Desta forma, o conteúdo de um software protegido por DRM tornou-se completamente inacessível[168], com respaldo na lei[169].

Para os que advogam por direitos mais robustos aos comerciantes de software, as medidas DRM e o segredo industrial conjugados são extremamente importantes para que os detentores destes direitos possam deles usufruir de fato no contexto da internet e da propagação de novas tecnologias de compartimento de dados digitais. Isto pois essas novas tecnologias permitem que sejam feitas e distribuídas cópias idênticas e sem perda de qualidade do software. Mais ainda, como estas cópias são feitas em ambientes privados (geralmente dentro das moradas dos usuários) e distribuídas através de programas de compartilhamento de dados[170] conectados mutuamente por meio da internet, torna-se extremamente difícil a aplicação da lei, já que não há como ser realizada a fiscalização em cada um

---

or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law." Tradução livre: O Estados-membros deverão prover a proteção legal adequada, bem como remédios legais efetivos contra o desrespeitos às medidas tecnológicas usadas pelos autores ligadas ao exercício de seus direitos assegurados por este Tratado ou pela Convenção de Berna e restringir aqueles atos, concernentes às suas obras, que não forem autorizados pelos autores ou pela Lei.

168 "*The core of ECIS (European Committee for Interoperable Systems) argument was that the inability to reverse-analyse (ECIS preferred this term to 'reverse engineering' since it better described the process of trying to understand how a program worked) would virtually eliminate competition in the software industry.*" Tradução livre: O núcleo argumentativo do ECIS (Comitê Europeu para Sistemas Interoperacionais – CESI) era que a inaptidão para realizar a análise reversa (ECIS prefere esta expressão à "engenharia reversa" vez que descrever melhor o processo de tentar entender como um programa funciona) iria virtualmente eliminar a competição dentro do mercado de software. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.172.

169 "*An even worse law, the Digital Millennium Copyright Act (DMCA), was designed to bring back copy protection (which computer users detest) by making it a crime to break copy protection, or even publish information about how to break it. This law ought to be called 'Domination by Media Corporations Act' because it effectively offers publishers the chance to write their own copyright law. It says they can impose any restrictions whatsoever on the use of a work, and these restrictions take the force of law provided the work contains some sort of encryption of license manager to enforce them.*" Tradução livre: Uma lei ainda pior, a Digital Millenium Copyright Act (DMCA) foi elaborada para apoiar a proteção contra cópias (a qual os usuários de computador detestam) tornando crime a quebra de uma proteção contra cópias ou sequer a publicação de informações a respeito de como quebrá-la. Esta lei deve ser chamada de "Lei de Dominação pelas Companhias de Mídia" porque ela oferece aos empresários a chance de escrever suas próprias leis de direitos autorais. Ela diz que eles podem impor quaisquer restrições ao uso de uma obra e que estas restrições terão força de lei sempre que a obra contiver algum tipo de licença criptografada para reforçá-las. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston, GNU, 2002, p. 82.

170 Estes programas de compartilhamento de dados tornam possível o tráfego de informação sem que haja necessidade de um provedor de informações a uma comunidade de receptores. O que acontece é que todos são ao mesmo tempo receptores e fornecedores de todas as informações que comunitariamente compartilham. Isto torna quase que impossível a coerção dos direitos dos comerciantes de software e outros ativos intelectuais, já que seria necessário perseguir toda a comunidade virtual, a qual não vê fronteiras e os usuários podem estar se comunicando dos lugares mais distantes do globo.

destes ambientes.

Todavia, a adoção destas medidas não deve ser entendida como um mero acréscimo técnico e operacional ao regime do direito autoral quando aplicado ao software e à informação digital. Ao distribuir-se o software criptografado os direitos do distribuidor são ampliados em detrimento de direitos anteriormente possuídos pelos usuários, pertencentes ao domínio público. A primeira e mais violenta restrição diz respeito ao banco de dados e conhecimento cultural de toda a humanidade. Como já dito acima, os direitos de propriedade intelectual, por serem privilégios monopolistas concedidos aos criadores e inventores pela sociedade, têm sempre um prazo de vigência limitado no tempo, decorrido o qual as invenções e criações passam a integrar este patrimônio cultural comum à humanidade.

As medidas DRM, entretanto, não cessam de existir após o decurso do período de vigência dos direitos autorais sobre o software, vez que são técnicas embutidas no próprio código do software. Assim, mesmo após se extinguirem os direitos intelectuais que incidem sobre o software, as medidas DRM continuarão existindo, mantendo os códigos daqueles softwares inacessíveis. Em princípio, este impedimento não tem conseqüências práticas relevantes já que os prazos previstos para a proteção dos direitos dos comerciantes de software são muito mais extensos do que a vida útil dos mesmos. Contudo, tais medidas tornam-se extremamente prejudiciais no contexto do software livre, ou do *copyleft*, que aqui será defendido, já que criam um verdadeiro bloqueio eterno à circulação de informações.

Outro impedimento criado a longo prazo pela adoção destas medidas consiste em tornar impossível o acesso a determinadas informações e softwares sem a posse das chaves ou senhas. Assim, gerações futuras que desejarem acessar documentos hoje produzidos, com o intuito de investigar nossa cultura e história, serão impedidas de fazê-lo pela provável impossibilidade de encontrar-se alguém que ainda detenha as chaves necessárias ao acesso àquela informação e, ainda que fosse encontrada, o acesso seria restrito aos moldes determinados pelo comerciante original. Assim, muitas formas de linguagem e código ficariam inacessíveis e perdidas para sempre, não por efeitos naturais da passagem do tempo, mas em conseqüência da avareza de alguns.

Algumas destas técnicas criam ainda restrições ao direito de cópia e revenda dos usuários. Sob o regime dos direitos autorais, os usuários licenciados de software têm o direito de realizar uma cópia do

mesmo para manter como reserva ou mesmo instalá-lo em um segundo computador de uso pessoal[171]. Têm também o direito de revender o software adquirido desde que não mantenham consigo uma cópia deste software, da mesma forma que alguém poderia revender um livro que previamente comprou em uma livraria. Estes direitos do licenciado são chamados pela doutrina estrangeira de *Fair Use* ou *Fair Dealing doctrines* [172] e seu gozo é impossibilitado pelo uso destas técnicas.

3.3.4. O *COPYLEFT*

Antes de iniciar qualquer discussão a respeito do *copyleft*, deve-se deixar claro que, diferentemente do que ocorre com as demais propostas até aqui sucintamente expostas, o *copyleft* não é um instituto jurídico-legal em lugar algum do mundo. Não existe algo que se possa chamar de o regime jurídico-legal do *copyleft*. Muito pelo contrário, o que se convencionou chamar de *copyleft* na verdade é um tipo de licença de uso de software que depende do regime legal dos direitos autorais, ou do *copyright*, para que tenha efetividade[173].

A história e o conceito de *copyleft* estão intimamente ligados com a história do Movimento pelo Software Livre[174], o qual não foi um movimento doutrinário, jurisprudencial ou legal, mas teve suas raízes na própria consciência ética dos programadores de software, dos *hackers* e dos usuários de computadores em geral, tendo surgido na contramão da escalada por monopólios intelectuais obtidos

---

171 Em nossa lei esta previsão encontra-se no artigo 6°, inciso I, da Lei 9609/96:

Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador: I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

172 In LIPTON, Jacqueline D., op. cit., nota 144, pp. 11 e ss.

173 "*To copyleft a program, we first state that it is copyrighted; then we add distribution terms, which are a legal instrument that gives everyone the rights to use, modify and redistribute the program's code or any program derived from it but only if the distributions terms are unchanged. Thus, the code and the freedoms become inseparable.*" Tradução livre: para licenciar um programa em copyleft, primeiro é necessário obter-se os direitos autorais sobre ele; então nos adicionamos termos de distribuição, os quais são instrumentos legais que dão a todos os direitos de usar, modificar e redistribuir o código do programa ou de qualquer programa dele derivado, mas apenas se os termos de distribuição forem os mesmos. Assim, o código e as liberdades tornam-se inseparáveis). In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 89.

174 Analisado em profundidade no capítulo 4.1.

pelos mercadores de software e outros ativos intelectuais. É por isto que o *copyleft* não é um conceito jurídico-legal, mas apenas a expressão de um movimento de libertação, e visa sintetizar o conjunto de liberdades mantidas pela GNU General Public License (GNU/GPL)[175] revertendo os chamados direitos autorais aos usuários, os quais, em sua concepção, são os reais titulares dos direitos e liberdades eventualmente cedidos aos programadores[176].

Desta forma, torna-se logo evidente que, ao contrário dos sistemas jurídicos previamente expostos que podem coexistir de modo pacífico, o *copyleft* tem premissas incompatíveis com todos os demais, ainda que no atual panorama legal ele dependa do regime dos direitos autorais para que possa efetivar-se[177].

As patentes, os direitos autorais, e o segredo industrial visam todos proteger os interesses dos comerciantes de software e partem das seguintes premissas: (i) os programadores, assim como os autores e criadores de obras intelectuais, têm um direito subjetivo natural inquestionável aos frutos do seu labor intelectual, o qual a lei positiva apenas reconhece[178]; (ii) os programadores são os maiores beneficiários deste sistema e sem ele não teriam meios de subsistir e produzir novos softwares; (iii) quanto ao software, apenas importam sua utilidade (o que ele permite o usuário realizar) e que ele seja produzido, independentemente dos moldes em que seja produzido; e (iv) somente é possível criar-se software de qualidade através do sistema empresarial e para que as empresas produzam software é preciso que lhas incentivemos economicamente (e este incentivo necessariamente será um monopólio). Em suma, ao conjugar tais premissas ganha força, ainda que de forma muitas vezes velada, a

175 "A GPL foi a alternativa jurídica mais adequada encontrada por seus idealizadores para garantir a liberdade de compartilhar e alterar softwares de codigo-fonte aberto e permitir sua distribuição, duplicação e uso." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 41.

176 Note-se que *copyleft* nada mais é do que um jogo de palavras com o termo *copyright*. Na cultura jurídica da *common law* é costume utilizar-se um "C" dentro de um círculo como símbolo do *copyright*, seguido da frase: "*Copyright: All Rights Reserved*" (*Copyright*: Todos os Direitos Reservados). Assim, como forma de síntese de sua ideologia, os programadores elaboraram o joguete "*Copyleft: All Rights Reversed*" (*Copyleft*: Todos os Direitos Revertidos), simbolizando-o com uma letra "C" ao reverso, ou seja, com as extremidades voltadas para o lado esquerdo (*left* em inglês) também dentro de um círculo.

177 Esta necessidade, contudo, apenas existe no estado atual da legislação a respeito do assunto, não é uma necessidade lógica inerente ao *copyleft*. Assim, não existe impedimento lógico a uma reforma legal instituindo um regime de *copyleft* que prescinda dos direitos autorais.

178 Note-se que a nossa Constituição Federal de 1988 elevou os direitos autorais à qualidade de direitos e garantias fundamentais ao estipulá-los em seu artigo 5°, inciso XXVII, que diz: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização , publicação ou reprodução das suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar."

mentalidade de que estes institutos jurídicos servem todos à premissa comum de que a proteção dos interesses econômicos das empresas comerciantes de software é um fim em si mesmo[179].

O *copyleft*, por outro lado, nasceu da contestação de todas estas premissas e não enxerga a proteção do interesse das empresas como um fim em si mesmo, mas apenas enquanto meio de buscar um fim maior, qual seja, o de estimular a criação e a inovação dentro da sociedade. Importante salientar que, conforme o exposto no capítulo dois do presente trabalho, os direitos de propriedade intelectual nem sempre sustiveram-se sobre estas mesmas premissas. Em verdade, no início, estes direitos não se sustentavam sobre qualquer filosofia, mas tão somente na faculdade do monarca de outorgar privilégios de monopólio econômico àqueles que desejasse agraciar. Apenas com o advento do Estado Democrático de Direito é que sentiu-se a necessidade de justificar os direitos de propriedade intelectual, o que foi feito através das mais variadas correntes de pensamento, conforme também acima exposto[180].

Mais do que isto, o *copyleft* ainda que reconheça a proteção do interesse das empresas como um dos meios de estimular a produção, criação e inovação dentro da sociedade, mas não como o único meio possível[181]. Aqui é que reside a maior diferença. Em não sendo o único meio de propiciar e estimular a atividade criativa no âmbito social, os direitos de propriedade intelectual perdem a sua imponência, tornando-se simultaneamente possível enxergar qual valor maior deveriam de fato resguardar: o interesse social na produção e, principalmente, disseminação da informação, do conhecimento e da cultura[182].

Assim, a justificativa da existência dos direitos de propriedade intelectual dentro de nossa sociedade se faz única e exclusivamente enquanto meio à persecução do interesse social na produção

---

179 Estas e outras premissas serão oportunamente abordadas e confrontadas no capítulo 4.1.3.

180 Ver capítulo 2.

181 Na realidade, esta é apenas uma concessão argumentativa, pois, ao realizar uma análise detida sobre este estímulo monopolista, descobre-se que na verdade o seu efeito é diametralmente oposto ao que se diz. Sobre este paradoxo, ver capítulo 4.1.3.8.

182 Note-se que a ampliação da base de dados da sociedade não é opcional ou meramente acidental, ela é o fim. Assim, benefício algum haveria para a sociedade se o conhecimento fosse produzido intensamente no seio social, sem que fosse também disseminado e compartilhado. Isso porque não haveria otimização do processo de criação (uma determinada técnica, visando fins já previamente alcançados por outra, deveria ser criada tantas vezes quantos fossem os que dele precisassem) e nem acúmulo de conhecimento (muito conhecimento seria descartado ou perdido quando seus detentores deixassem de existir), gerando, a longo prazo, a estagnação da produção cultural, já que as bases de conhecimento comum jamais seriam modificadas.

cultural[183]. Este é o único e verdadeiro fim possível à continua existência destes direitos dentro do Estado Democrático de Direito, quaisquer outros são falácias, como aqui espera-se demonstrar.

Sob esta perspectiva, o que ocorre quando da outorga de direitos de propriedade intelectual a uma determinada classe de indivíduos é uma restrição às liberdades e aos direitos da sociedade em favor dos primeiros. Restrição feita, todavia, em prol da própria sociedade, a partir da expectativa de que desta forma haverá um estímulo à produção cultural. A questão que logo se segue é: esta restrição às liberdades dos cidadãos é proporcional ao benefício final obtido pela sociedade?

Para os fautores do *copyleft* a resposta a esta pergunta é não[184]. Segundo estes, os benefícios legais concedidos, e continuamente majorados, aos autores e criadores de obras intelectuais são, há muito, desproporcionais ao benefício público obtido ao final, fazendo-se, pois, necessária uma redução da amplitude de destes direitos, para voltar-se a privilegiar os interesses da coletividade, atualmente gravemente suprimidos por conta da superproteção conferida a interesses de indivíduos ou classes deles[185].

Seguindo este raciocínio, criou-se, então, o *copyleft* (instrumentalizado pela GNU/GPL), para que restassem protegidas quatro liberdades básicas de todos os cidadãos[186]: (i) a liberdade de executar softwares para quaisquer propósitos; (ii) a liberdade de estudar como um software funciona e adaptá-lo às necessidades particulares de cada usuário; (iii) a liberdade de redistribuir cópias dos softwares; (iv) a liberdade de aprimorar um software e redistribui-lo ao público em geral sob quaisquer condições[187].

---

183 Disto excluam-se as marcas, o nome de comércio, as indicações geográficas e a repressão à concorrência desleal, já que estes também se justificam sob a perspectiva de proteção ao consumidor e da organização social.

184 Ao longo do capítulo 4 encontram-se os argumentos que levam a esta conclusão.

185 In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 84 e ss.

186 Estas liberdades aqui encontram-se adaptadas à realidade do software, mas a proposta do *copyleft* não visa somente este ramo da produção de conhecimento. R. STALLMAN propõe que o *copyleft* deve moldar-se às peculiaridades de cada ramo da produção cultural. Realiza, então uma divisão de três classes de bens abrangidos pelos direitos autorais e que mereceriam tratamento diferenciado: (i) obras funcionais – necessárias enquanto meio à realização de tarefas (software); (ii) obras que expressem as idéias de indivíduos; e (iii) obras de valor estético. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 141 e ss.

187 "*Freedom 0: The freedom to run programs, for any purpose. Freedom 1: The freedom to study how the program works, and adapt it to your needs. (Access to the source code is a precondition for this). Freedom 2: The freedom to redistribute copies so you can help your neighbour. Freedom 3: The freedom to improve the program, and release your improvements to the public, so that the whole community benefits (Access to the source code is a precondition for this).*" Tradução livre: Liberdade 0: A liberdade de executar os programas, para quaisquer propósitos; Liberdade 1: a liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades (acesso ao código-fonte é uma precondição ao exercício desta liberdade). Liberdade 2: a liberdade de redistribuir cópias de modo a ajudar os seus vizinhos. Liberdade 3:

Observe-se que a primeira destas liberdades é chamada, por R. STALLMAN, de liberdade zero, pois os direitos autorais, ou mesmo as patentes, também não a suprimem dos usuários. Contudo, é trágico notar que as medidas DRM vieram restringir até mesmo esta liberdade mais básica do cidadão, impondo senhas e licenças adicionais para o uso adequado do software, artificialmente tornando-o obsoleto e inútil àqueles que não renovarem tais licenças[188].

Deve-se novamente salientar que o *copyleft* não é um instituto jurídico-legal, mas tão somente a expressão da ideologia contida na GNU/GPL. Disto resulta imediatamente a questão: qual a necessidade de uma licença garantindo ao público estas liberdades, não bastaria que o criador distribuísse o software e não reclamasse dos usuários estas liberdades[189]? A resposta é não.

Se o software fosse distribuído nos moldes atuais sem uma licença como a GNU/GPL isso implicaria dois problemas para a comunidade: (i) empresas empregadoras de programadores que desenvolvessem software livre poderiam, eventualmente, adquirir direitos sobre os softwares por eles produzidos ou aprimorados e reclamariam então as liberdades da comunidade[190]; (ii) ao aprimorar ou

---

Liberdade de aprimorar o programa e ofertar os seu aprimoramentos ao público geral de modo que a comunidade toda possa dele beneficiar-se (acesso ao código-fonte é uma precondição ao exercício desta liberdade). In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 41.

188 Isso acontece porque as empresas detentoras dos direitos incidentes sobre o programa podem, sem alterá-lo, restringir o que eles serão capazes de executar simplesmente alterando formatos de arquivos ou codificando-os para que o programa somente consiga executá-los se obtiver uma nova licença. Exemplo: um arquivo de vídeo poe ser gravado em um formato criptografado de modo que o programa responsável por sua execução apenas poderá realizar tal tarefa se obtiver as licenças e senhas necessárias. Não somente, mas estas senhas podem inclusive restringir a quantidade de vezes que o programa poderá realizar a leitura daqueles arquivos ou até mesmo identificar qual hardware está autorizado a fazê-lo. Isto é o que se chama de "*Trusted Computing*", apelidada por R. STALLMAN de "*Treacherous Computing*". In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 115 e ss.

189 Observe-se que no Brasil os direitos de autoria sobre um determinado software surgem independentemente da vontade da vontade de seu desenvolvedor, já que a Lei do Software em seu artigo 2°, parágrafo 3°, determinou que a proteção autoral prevista na lei independe de registro e sua vigência terá como marco inicial a data de sua publicação ou, na ausência desta, da criação (parágrafo 2°).

190 Lei do Software:

"Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos."

É verdade que a lei ainda prevê uma ressalva no parágrafo 2° do mesmo artigo, onde dispõe que "pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do

alterar um software livre, o autor das modificações poderia então distribuí-lo restringindo as liberdades dos usuários[191].

Ressalve-se que estes dois problemas não afetariam diretamente a existência do software livre, entretanto, propiciariam meios para que terceiros apoderassem-se do conhecimento livremente compartilhado pela comunidade que desenvolve o software livre e dele fizessem uso com finalidades egoísticas, sem devolver qualquer contribuição à comunidade que proporcionou aquele conhecimento livremente, em uma relação com a comunidade que não poderia deixar de ser chamada de parasitária. Assim, uma vez que o *copyleft* é fruto de uma ideologia de conservação das liberdades da comunidade e dos cidadãos, a GNU/GPL é o único meio de coagir aqueles que produzem software utilizando-se da base comum de conhecimentos da sociedade a fazerem-no de forma a aumentar o conhecimento da sociedade como um todo e não apenas em benefício próprio individual.

A cisão entre o *copyleft* e as formas de proteção dos interesses dos comerciantes de software é evidente. Enquanto os defensores destes advogam continuamente o aumento dos direitos dos criadores de obras intelectuais em detrimento das liberdades da sociedade, os fautores do *copyleft* protestam não somente por uma parada na escalada por mais direitos nas mãos dos criadores (na verdade, das empresas), mas por uma brusca redução de tais direitos em prol de um retorno dos cidadãos ao gozo de algumas de suas liberdades básicas. Estabeleceu-se, assim, um importante conflito no âmbito dos direitos intelectuais sobre o software, conflito que até o momento têm sido vencido pelas empresas de software, mas em uma vitória que gradativamente tem perdido sua imponência[192].

---

contratante de serviços ou órgão público." Contudo, é fácil perceber que na realidade dos fatos é muito problemático para o programador provar que desenvolveu aprimoramentos ao software livre sem fazer uso de "recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador" o que necessariamente seria discutido no judiciário, causando desde logo um grave problema aos desenvolvedores de software livre que não estariam em igualdade de meios para discutir estas questões com as grandes empresas de software no Judiciário.

191 Lei do Software:

"Art. 5º Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário."

Assim, mesmo que não houvesse a possibilidade de que um empregador reclamasse direitos sobre um software distribuído livremente, nada impediria que alguém obtivesse acesso ao código fonte do software e nele fizesse algumas modificações para posteriormente distribuí-lo restringindo as liberdades dos usuários.

192 Fato que pode ser percebido pela crescente popularização do movimento pelo software livre que já chegou às portas do terceiro mundo (http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view; http://www.mozilla.org.br/; http://www.gentoobr.org/), bem como pela crescente propagação de softwares desenvolvidos cooperativamente como o

A proposta deste trabalho é trazer luz a este tema, largamente ignorado pela doutrina pátria, e levantar argumentos éticos, econômicos e filosóficos para a escolha consciente de um posicionamento consistente, livre de discursos reducionistas e falaciosos. Busca-se, assim, chamar a atenção para a relevância do tema no contexto internacional atual, no qual este posicionamento eventualmente será decisivo para o Brasil, mas também para a humanidade como um todo. A decisão, contudo, não é simples. Será necessário, portanto, analisar pormenorizadamente cada um dos fatores que podem influir na escolha por uma ou outra postura e quais as suas implicações, o que se fará nos capítulos seguintes. Como o software livre e o *copyleft* são a proposta marginal, que intenta substituir a atual, a eles será dada maior atenção, já que são eles que deverão justificar-se face ao sistema atualmente vigente.

3.4. No Brasil

Antes de dar seguimento ao estudo das duas propostas provenientes de ideologias conflitantes, é importante estabelecer-se brevemente qual o estado atual da legislação pátria a respeito desta matéria, já que é à nossa legislação e doutrina que se destina, em princípio, este trabalho.

Com efeito, no Brasil, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos e em outros países desenvolvidos, vigora somente um sistema análogo ao dos direitos autorais para a proteção dos interesses econômicos dos comerciantes de software, não a conjunção de três sistemas distintos. É o que determinou a Lei 9609 de 19 de fevereiro de 1998 em seu artigo 2°[193], o qual, em seu parágrafo primeiro, suprimiu aos programadores os direitos morais conferidos aos autores, à exceção do direito de reivindicar a paternidade do programa e o de obstar alterações que impliquem prejuízos à sua honra ou reputação[194].

---

sistema operacional GNU/Linux e o navegador Mozilla Firefox, anteriormente conhecidos apenas pela comunidade *hacker*.

193 "O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei." Não somente, mas também a Lei 9610/1998 (Lei dos Direitos Autorais) também previu em seu artigo 7°, inciso XII, que os programas de computador são objeto da proteção autoral desta lei.

194 "Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de

Importante ressaltar que o nosso ordenamento pátrio expressamente veda a concessão de patentes em matéria de software, o que o faz segundo o disposto no inciso V, do artigo 10, do Código da Propriedade Industrial[195].

O mesmo não pode ser dito quanto ao segredo de comércio. Apesar de a lei ter disposto positivamente quanto a proteção autoral do software, o fato de ter-se mantido silente quanto à possibilidade de proteção por meio do segredo industrial, aliado às medidas DRM e ao *Treacherous Computing* torna possível que a proteção dentro do território nacional se dê através delas. Isto se torna mais preocupante na medida em que estas medidas são usualmente utilizadas apenas pelas grandes indústrias de software e entretenimento mundiais (portanto, empresas estrangeiras) e adentram nosso país tornando-se normas hétero-impostas aos cidadãos brasileiros, muitas vezes aceitas aqui apenas por serem práticas usuais fora. E que não haja engano quanto à natureza destas normas, pois, apesar de não se tratarem de normas jurídicas, são normas técnicas que se impõem e são plenamente eficazes contra os cidadãos-usuários, restringindo-lhes a liberdade mais básica de usar o software que adquiriram como bem lhes aprouver.

Não somente. Mas pode-se muito bem imaginar um cenário em que um desenvolvedor de software nacional, ao desenvolver um programa capaz de executar aqueles arquivos sem a necessidade de obter-se licenças ou senhas, seja judicialmente processado e julgado com base na nossa omissa Lei do Software atual, conjugada com o artigo 11 do WCT, acima transcrito. Não seria abusar muito dizer que em um cenário como este o desenvolvedor de software nacional receberia sentença desfavorável por conta de uma interpretação errônea da Lei do Software, entendendo, pois, como infração, aquilo que na realidade do ordenamento jurídico pátrio não é, entendimento este decorrente da falta de preparo dos magistrados para lidar com assuntos deste ramo técnico.

---

computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação." Note-se que a lei não deixa claro, mas parece entender sempre necessária à introdução de modificações no software, a autorização do titular dos direitos sobre o software. É o que se entende pela redação do artigo 5° desta lei.

195 Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

(...)

V - programas de computador em si;

A previsão legal poderia ser considerada implícita na previsão do inciso primeiro do mesmo artigo, que determina não serem patenteáveis os métodos matemáticos. Contudo, poderia haver discussão a respeito do enquadramento do software dentro do conceito de método matemático, de modo que, para que não restasse dúvida, a lei determinou expressamente a exclusão do software do campo de objetos das patentes.

Para que não se perca de vista a importância destas normas técnicas, são elas que permitem que as gigantes mundiais de software e entretenimento cobrem preços muito acima de seus custos, aumentando a remessa de recursos nacionais ao exterior, bem como marginalizando e excluindo os economicamente fragilizados do conhecimento cultural e tecnológico. Que não se confunda, portanto, a realidade brasileira e de outros países subdesenvolvidos com aquela dos países de centro. Enquanto lá os altos preços estipulados por estas indústrias podem ser arcados pela maior parte dos cidadãos, aqui estes mesmos preços funcionam como barreiras ao acesso à cultura e à informação.

Agrava-se, assim, a miséria social da maior parte da população, que além de excluída economicamente, torna-se também excluída cultural e digitalmente. Por isso, urge que o Brasil repense os moldes de sua legislação e os tipos de normas que permite adentrar em seu território, sob pena de agravar as condições sociais do país, criando uma população de excluídos digitais.

Há vinte anos atrás a maior parte das pessoas pertencentes à elite econômica nacional, e mesmo no exterior, conhecia os computadores apesar de ouvir falar, mas não era capaz de operar um deles e nem tinha ouvido falar da internet. Hoje, todavia, este quadro mudou e os microcomputadores passaram a fazer parte do quotidiano das pessoas e a internet estabeleceu-se não apenas como mais um meio de telecomunicação em massa ao lado do rádio e da televisão, mas como o meio de comunicação que tem revolucionado diariamente as formas e os moldes da sociedade contemporânea, e esta revolução ainda não está nem próxima do seu fim.

Ainda é tempo de o Brasil preocupar-se com esta nova era que começou na última década do século XX, mas quanto mais nos demorarmos a atentar para a importância do assunto, mais difícil será depois alcançar os desenvolvidos nesta nova forma de dominação, muito mais sutil e, portanto, perigosa do que as precedentes, o domínio do conhecimento[196]. Por esta razão é que este trabalho não somente permanecerá focado nas premissas éticas e filosóficas sobre as quais se sustenta o regime dos direitos intelectuais, mas ousará ao final analisar as implicações econômicas práticas de um continuado descuido do direito nacional a respeito do assunto.

196 Sobre esta nova forma de dominação ver: DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4.

4. O DESENVOLVIMENTO COOPERATIVO DE SOFTWARE

Não é necessário ao estudo e compreensão do desenvolvimento cooperativo de software uma análise prévia do modelo de desenvolvimento empresarial ou proprietário. Entretanto, vez que o modelo de empresarial é aquele atualmente consolidado em nossa sociedade, é válida uma explanação a respeito desta estrutura de desenvolvimento, para posterior confronto com a proposta do desenvolvimento comparativo, visando uma escolha consciente das conseqüências de ambos os modelos.

O primeiro ponto fundamental que deve permanecer claro ao estudar-se o modelo empresarial de desenvolvimento de software é que ele não foi de forma alguma o único existente, nem mesmo foi o modelo original de desenvolvimento de software[197]. Disto decorre a quebra de um primeiro misticismo a respeito deste modelo de desenvolvimento: para haver desenvolvimento de software não é necessária a outorga de monopólio econômico aos seus desenvolvedores[198].

Desta forma, a criação ou manutenção de um regime monopolista de proteção aos interesses dos comerciantes de software somente se justifica na medida em que acresça qualidade, quantidade ou reduza os custos do software produzido. Esta é, pois, a maior contestação que o modelo empresarial sofre ao coexistir com o modelo cooperativo reintroduzido[199] na sociedade por meio do software livre, protegido por licenças GNU/GPL.

O modelo mais conhecido como proprietário é chamado aqui de empresarial por entender-se que esta nomenclatura é mais próxima da realidade fenomênica, além de evitar a atecnia de chamar de propriedade aquilo que na verdade é um privilégio monopolista. Mantém-se, todavia, menção ao termo proprietário para que não haja confusão a respeito de qual tipo de software de que aqui se trata, bem como por que este é o nome popular deste modelo de desenvolvimento e distribuição de software[200].

---

197 Como já explicado no capítulo 3.

198 Também não é necessário o monopólio para que se possibilite o desenvolvimento de software torne-se uma atividade empresarial lucrativa. Para uma análise detida sobre este tema ver capítulo 4.1.3.1.

199 Lembre-se que inicialmente os softwares eram todos livres, ainda que ninguém assim os denominasse, pela simples ausência de direitos intelectuais sobre eles.

200 A dicotomia que neste trabalho é usualmente abordada através das expressões “desenvolvimento cooperativo” e “desenvolvimento empresarial”, não se distingue daquela em que comumente se contrapõem o software livre e o software proprietário. A escolha por uma nomenclatura diferenciada tem a intenção de adequar os termos à abordagem com que este

Pois bem. O molde atual da legislação, não apenas nacional, mas internacional a respeito da matéria, privilegia o desenvolvimento e a comercialização do software em arquivos compilados[201] executáveis, ou seja, apenas em código-objeto (linguagem de máquina). Usa-se aqui o termo privilegia, pois a lei de fato não determina e nem dispõe nada a respeito da forma como se há de compartilhar o software. Assim, nada impede que os comerciantes de software o distribuam também softwares não-compilados ou em seu código-fonte.

Todavia, a lei expressamente veda os usuários de introduzirem modificações em software de autoria de terceiros, bem como de fazer uso de trechos de seu código-fonte em software próprio[202], de forma que não há razão para que se espere que os comerciantes de software sintam-se encorajados a compartilhar o código-fonte de um software com a sua comunidade de usuários, já que isto, para eles, apenas facilitaria aos usuários desrespeitar seus direitos.

Criticável o silêncio da lei. Quando a lei autoral é aplicada a livros, a proteção legal incide sobre a disposição formal do texto, ou seja, sobre a ordem das palavras e não sobre as idéias neles contidas. Assim, nada impede que um indivíduo leia o texto e estude-o à exaustão, aprenda com o autor construções gramaticais diferentes, informe-se da norma culta, aprimore suas capacidades de escrita e compreensão do idioma, ou até mesmo que dele retire idéias ou inspiração para escrever nova obra, nele baseada ou inspirada[203].

Ao aplicar-se esta proteção ao software sem determinar a publicação do seu código-fonte, contudo, é retirada esta liberdade daquele que adquire o software, ou seja, ele pode executar o programa em seu computador, mas não tem a liberdade de entender como funciona e nem estudar linguagens de programação ou aprender nada com ele. Assim, o código-fonte do software torna-se, além de protegido

trabalho realiza a aproximação da questão sobre o conflito dos diferentes modelos. Sobre a dicotomia consolidada, A. H. Guesser diz que "o software livre encontra-se hoje no cenáro tecnocientífico como oposição ao software proprietário, ou seja, programas de computador com o código-fonte fechado, patenteado por uma única empresa, que cobra o direito de propriedade intelectual (o *copyright*)." In op. cit., nota 89, p. 23.

201 Para relembrar os conceitos de compilação e montagem de software, ver capítulo 3.

202 Lei de Direitos Autorais:

"Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral;

II – a edição;

III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; (...)"

203 Pode até mesmo parafraseá-la ou parodiá-la, segundo o artigo 47 da Lei de Direitos Autorais.

pela lei, secreto, de forma a alijar os programadores do conhecimento técnico de sua área. Seria como se Fernando Pessoa distribuísse seus poemas dentro de uma caixa preta selada que ninguém tem como abrir e as faculdades de letras tivessem que estudar sua poesia sem que jamais a pudessem ler.

Deve-se ter claro em mente que qualquer programador consegue sozinho elaborar do começo ao fim um programa para executar tarefas simples, como um jogo de perguntas e respostas. Todavia, para elaborar um sistema operacional ou outros softwares que realizem tarefas mais complexas, um programador isolado demoraria no mínimo alguns anos para consegui-lo e torná-lo estável. De modo que, quando isto ocorresse, o mais provável é que o software já tivesse se tornado obsoleto. É por isso que o modo mais eficiente de realizar esta tarefa é através do agrupamento de um número relativamente grande de programadores trabalhando todos no mesmo projeto, dividindo as tarefas. Se, além disso, o código-fonte do software for mantido em segredo (fechado), o modelo empresarial torna-se a única alternativa viável ao desenvolvimento de softwares complexos com qualidade e eficiência (por isto a denominação empresarial é mais adequada). Contudo, o código-fonte não necessariamente precisa ser secreto, é apenas interessante para alguns que ele seja.

O modelo empresarial de desenvolvimento de software funciona, portanto, calcado na manutenção do código-fonte de seus softwares secreto, de forma a impedir que não apenas seus concorrentes, mas também estudantes e programadores em geral o estudem e aprimorem ou, ainda, que construam outros softwares a partir de idéias ou passos obtidos do estudo daquele código-fonte. Assim, não apenas o desenvolvimento, mas também a eliminação de falhas ou o aprimoramento de softwares fica nas mãos da empresa que desenvolveu o software original e o seu lucro é obtido a partir da comercialização de novas versões de seus próprios softwares, sendo ela a única autorizada a fazê-lo. O *copyright* e a manutenção do código-fonte fechado são, portanto, as duas grandes bases em que se sustenta o modelo empresarial, que requer o monopólio sobre o seu código-fonte, alegando que de outra forma teria que concorrer com terceiros que aprimorassem seu software, o que resultaria na falta de incentivo para que o próprio software original fosse desenvolvido.

Entretanto, o desenvolvimento empresarial de software não é o único meio possível à sociedade de conseguir softwares complexos, de qualidade e de forma eficiente: existe a possibilidade de

desenvolver-se software cooperativamente ou comunitariamente. Portanto, é preciso confrontar ambos os modelos para decidir-se qual dentre eles vai de encontro com os fins da sociedade devendo, pois, ser privilegiado pela lei. É o que se fará a seguir.

4.1. O Movimento Pelo Software Livre

Apesar de o Movimento pelo Software Livre ser já muito popular pelo mundo todo, no Brasil poucos eram os que o conheciam há cinco anos e mesmo hoje ainda muito pouco se fala no assunto. Assim, necessária se faz uma abordagem ampla do tema, remontando às suas origens históricas, sua filosofia e conquistas, para que não se atribua a este trabalho o rótulo de utópico.

4.1.1. História[204]

Não há como falar no Movimento pelo Software Livre sem mencionar o nome de seu fundador, Richard Stallman[205]. Nascido em Nova York no ano de 1953, Richard Stallman é um programador de software que se especializou no desenvolvimento de sistemas operacionais e foi chamado para trabalhar no Laboratório de Inteligência Artificial do Massachusetts Institute of Technology (MIT Artificial Intelligence Lab)[206] no ano de 1971, tornando-se, então, parte de uma comunidade de programadores

204 Todos os eventos aqui narrados foram descritos em profundidade pelo próprio Richard Stallman. Em Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 156 e ss.

205 Não somente para o Movimento pelo Software Livre é que Richard Stallman se tornou um nome vital, sua importância transborda estas fronteiras e é reconhecida por estudiosos da propriedade intelectual. Sobre ele foi dito que: "*Richard Stallman, the founder of the Free Software Foundation, has been a vital force in showing how a society can meet its needs for software without incurring the predatory costs of a Microsoft, which relies in copyrights and patents to lock up software development.*" Tradução livre: Richard Stallman, o fundador da Free Software Foundation tem sido uma força capital em demosntrar como a sociedade pode alcançar suas necessidades em matéria de software sem incorrer nos custos predatórios de uma Microsoft, a qual conta com os direitos autorais e as patentes para trancar o desenvolvimento de softwares. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op.cit., nota 4, p. 16.

Para saber mais: http://en.wikipedia.org/wiki/Stallman.

206 Para um conhecimento aprofundado sobre o grupo hacker do MIT, ver: Levy, Steven, op. cit., nota 119, pp. 15 – 152.

que, à época, compartilhavam e desenvolviam softwares para a plataforma Digital PDP-10 (mais especificamente desenvolviam o sistema operacional chamado ITS – Incompatible Timesharing System)[207].

No início dos anos 1980, entretanto, esta comunidade da qual fazia parte entrou em colapso quando a maior parte dos *hackers* que lá trabalhavam foram contratados por empresas de tecnologia, as quais desenvolviam software proprietário, e a plataforma para a qual desenvolviam softwares tornou-se obsoleta, dando lugar a outras com ela incompatíveis. Desta forma, todo o trabalho que vinham desenvolvendo foi desperdiçado e os poucos remanescentes tiveram dificuldades de sustentar aquela comunidade que, assim, entrou em colapso. R. Stallman tinha, portanto, que decidir entre dois caminhos: ou aceitava alguma proposta de emprego de alguma destas empresas desenvolvedoras de software proprietário ou iria buscar renda em alguma outra atividade que não a programação.

Alguns anos antes, todavia, R. Stallman havia tido um contado desagradável com uma empresa de software proprietário. Aconteceu que a empresa Xerox vendeu uma impressora a laser, que para funcionar fazia uso de um software muito simples, para o laboratório em que R. Stallman trabalhava. Tal impressora, entretanto, nada mais era do que uma fotocopiadora adaptada e constantemente ocorriam problemas decorrentes do atolamento de papel e os usuários somente descobriam o problema de atolamento depois de muito tempo quando iam buscar seus papéis na impressora, o que causava um grande desperdício de tempo.

R. Stallman e seus colegas do laboratório, sendo todos programadores muito habilidosos, tiveram a idéia de adaptar o software da impressora para que, quando ocorressem atolamentos, a máquina enviasse um aviso a todos os usuários, possibilitando, assim, que o problema fosse resolvido imediatamente. Para isso, contudo, eles precisavam do código-fonte do software e, então, contataram a empresa Xerox e pediram uma cópia dele, a qual foi-lhes negada. Pediram, então, que a empresa alterasse o software para fazer constar aquela nova função, ao que, contudo, foram informados de que a empresa tinha outros projetos mais urgentes e que somente poderia atender àquele pedido em um futuro distante e incerto.

---

207 In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 15.

Desta forma, toda uma comunidade de programadores muito habilidosos tornou-se refém de um problema que poderia ser facilmente eliminado se apenas o código-fonte do software que haviam adquirido lhes tivesse sido disponibilizado. R. Stallman ainda logrou descobrir a existência de um outro usuário que havia obtido acesso ao código-fonte, mas somete para, ao procurá-lo, ser por ele informado de que não poderia compartilhar o código, pois, para obter aquele código, havia assinado um contrato com a empresa Xerox em que se comprometia a não compartilhá-lo com mais ninguém.

Por conta da frustração que sentiu quando desta experiência, R. Stallman relata que não se sentiu capaz aceitar uma proposta de emprego de programador em que fosse obrigado a se comprometer a não compartilhar o código-fonte do software que ele mesmo desenvolvia. Assim, restava-lhe uma opção: deixar de ser programador.

Todavia, esta opção também não lhe parecia agradável, vez que era apaixonado por aquela atividade. Foi então que percebeu que havia uma terceira alternativa: se houvesse um sistema operacional livremente compartilhado, ele poderia continuar a programar, sem ter que negar a terceiros o acesso aos códigos que ele desenvolvesse. E ninguém melhor do que ele, um programador especializado em sistemas operacionais, para desenvolver um sistema operacional livre. Importantíssimo atentar que para o fato de que o foco central do movimento é, portanto, garantir a liberdade dos usuários[208] acima de qualquer coisa[209].

Agora, como já dito, não seria possível e nem viável que ele desenvolvesse o sistema inteiro sozinho, era necessário que recebesse algum tipo de colaboração. Por sorte, R. Stallman não era o único programador interessado em desenvolver softwares livres e naquela época já existia uma quantidade muito grande deles, bem como de bancos de dados compartilhados por usuários. Assim, ele passou a divulgar seu trabalho e procurar por programadores interessados em ajudar com o projeto, bem como por softwares que pudessem ser acoplados ou incorporados, de forma a criar atalhos a esta gigantesca tarefa.

Não demorou para que ele começasse a receber contribuições de programadores de todos os cantos, dando vida ao projeto. Com a popularização de seu software, muitos usuários passaram a enviar-

208 Sobre as liberdades ver os capítulos 3.3.4 e 4.1.2.

209 Ver a dissidência do movimento Open Source no capítulo 4.1.4.

lhe cartas perguntando como poderiam obter acesso ao software que estavam desenvolvendo. O software, diz ele, estava disponível em uma rede predecessora da nossa internet, contudo, poucos eram os que tinham acesso a ela. Assim, R. Stallman percebeu uma oportunidade de levantar renda para si e para o projeto: decidiu anunciar aos interessados que enviassem pelo correio uma fita e U$150,00 (cento e cinqüenta dólares estadunidenses), que ele lhes devolveria a fita com o código gravado. Note-se que à época U$150,00 perfaziam uma quantia razoavelmente alta e que, segundo ele, os pedidos chegavam em sua casa na ordem de dez por mês, de forma que lhe geravam uma renda alta o suficiente para que se sustentasse com conforto. Entretanto, o volume de pedidos lhe ocupava muito tempo e acabava comprometendo o desenvolvimento do sistema, de modo que em outubro de 1985 ele decidiu fundar a Free Software Foundation[210] para organizar as tarefas de desenvolvimento e distribuição.

Quando começou a desenvolver o sistema operacional livre, R. Stallman precisou, desde logo, pensar em sua estrutura básica e em um nome. Devido a sua experiência prévia no MIT, R. STALLMAN logo percebeu que seria importantíssimo conceber um sistema operacional que fosse transportável (ou seja, que não fosse limitado a apenas uma única plataforma de hardware), sob pena de todo o trabalho perder-se quando a plataforma se tornasse obsoleta. Ainda, como o projeto dependia em grande parte do número de usuários e programadores que por ele se interessassem, seria importante que este novo sistema fosse compatível com arquivos e programas de algum sistema preexistente e de fato já existia um sistema que preenchesse o primeiro requisito: o Unix.

Assim, ele decidiu que o sistema seria compatível com o Unix e faltava apenas dar-lhe um nome. Conta, então, que à época existia um costume entre os *hackers* de apelidar seus programas através de acrônimos recursivos[211] (*recursive acronyms*) para "Alguma coisa Não é outra Coisa" (*Something is Not Something else*), de modo a dizer que o seu programa não era um outro programa preexistente. Desta forma, seguindo o costume, R. Stallman decidiu denominá-lo pela negativa feita ao sistema Unix, ou seja, *Something is Not Unix* e passou a procurar qual das letras do alfabeto formaria um bom nome com a terminação "NU" (*Not Unix*), encontrando na letra "G" a mais engraçada delas, pois deste modo o sistema teria ao mesmo tempo o nome de um animal exótico, o gnu. Foi assim que decidiu chamar o

210 Para saber mais: http://www.fsf.org/ ou também http://en.wikipedia.org/wiki/Free_Software_Foundation.

211 Acrônimos são siglas ou abreviaturas geralmente pronunciáveis. São considerados recursivos os acrônimos que remetem-se eternamente a mesma sigla, tornando impossível descobrir-se o seu significado.

sistema operacional de GNU (acrônimo recursivo para "*Gnu is Not Unix*").

No início dos anos 1990, o sistema operacional GNU estava praticamente pronto, restando por desenvolver apenas o chamado *kernel* (núcleo). Os programadores que estavam trabalhando no projeto então ouviram falar de um *kernel* compatível com o sistema Unix desenvolvido por um *hacker* finlandês chamado Linus Torvalds, que apelidara-o de Linux[212]. Os usuários do sistema GNU acoplaram, então, o *kernel* ao sistema da mesma forma que já haviam feito com diversos outros componentes que se encontravam disponíveis livremente, tornando o GNU pela primeira vez um sistema operacional completo.

Com o ulterior advento do movimento Open Source, já no ano de 1998, muitas empresas passaram a desenvolver e distribuir versões do sistema GNU,chamando-o, contudo, tão somente de Linux. Como será explicado no capítulo 4.1.4, o movimento Open Source é uma dissidência do Movimento pelo Software Livre que decidiu lutar pela promoção do software de código-fonte aberto por sua superioridade técnica e rentabilidade econômica, deixando de lado a ideologia original da liberdade, crucial para o Movimento pelo Software Livre. Além disso, Linus Torvalds é um programador que decidiu não se posicionar politicamente e já até mesmo trabalhou em projetos de softwares proprietários para torná-los compatíveis com o Linux. Por estes motivos, R. Stallman pede, em seu livro, que o seu sistema seja chamado de GNU/Linux para que atenção seja dada à ideologia que proporcionou a existência do sistema operacional em primeiro lugar, evitando-se, assim, a confusão dos dois movimentos[213]. Portanto, é em respeito ao movimento que neste trabalho o sistema será sempre chamado de GNU/Linux

4.1.2. Conceito: as Liberdades

212 Originalmente o *kernel* foi apelidado de Freax, uma combinação das palavras *free* (livre), *freak* (louco, estranho), com a terminação em X como menção ao fato de que era um *kernel* compatível com o sistema Unix. Contudo, o nome foi posteriormente alterado para tornar-se uma junção de seu próprio nome (Linus) com o X do sistema Unix, portanto, Linux. Fonte: http://en.wikipedia.org/wiki/Linus_Torvalds, acessado em 04/04/2007.

213 In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 173.

Em inglês a vocábulo livre (*free*) tem o inconveniente de ser o comum tanto para adjetiva um substantivo que possua liberdade, como para um outro que possua gratuidade, ou seja, não existem, como no português, dois termos diferenciados que expressem livre e grátis. Para evitar a confusão a respeito de qual o sentido do termo quando utilizado para descrever o software livre (*free software*), foi elaborado o rótulo "*Free as in free speach, not as in free beer*"[214].

Esta distinção pode parecer dispensável a princípio, pois logo se pensa que se os usuários detêm a liberdade de compartilhar o software com seus conhecidos (liberdade dois acima) ou até mesmo incrementá-lo e distribuí-lo em massa (liberdade três), um software livre necessariamente será também grátis, já que ninguém há de pagar por um software que pode copiar de algum conhecido ou obter gratuitamente pela internet.

Este raciocínio, contudo, é falacioso. Como acima foi dito, R. Stallman cobrava, nos anos oitenta, U$150,00 por cada cópia do sistema livre GNU, prova de que o software livre não é sinônimo de não comercial. E que também não se alegue que ele teria se tornado não comercial com o advento da internet e dos programas de compartilhamento de dados, pois uma das maiores fontes de renda da Free Software Foundation permanece sendo, até hoje, aquela proveniente da venda de software[215]. Não somente, mas muitas grandes empresas também têm comercializado softwares sem restringir estas faculdades dos usuários como, por exemplo, a Sun Microsystems (Open Office[216]) e a Novel (Suse Linux[217]). Adiante, quando for tratado o problema do lucro no desenvolvimento cooperativo, será explicado como é possível exercer atividade comercial relacionada a um software mesmo em concorrência com usuários que tenham a liberdade de distribuí-lo.

Porém, não é somente por isto que é importante tornar clara a distinção entre livre e grátis. Com efeito, a maior parte dos usuários de computadores já se deparou, em algum momento, com softwares grátis, também chamados de *freeware*. Todavia, o fato de estes softwares serem distribuídos gratuitamente não implica que eles sejam livres. Softwares proprietários são muitas vezes distribuídos aos usuários gratuitamente pelas empresas que os desenvolveram, mas nem por isso deixam de ser

214 In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 41.
215 In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 128.
216 Fonte: http://www.openoffice.org/.
217 Fonte: http://www.novell.com/linux/.

proprietários. Aqui o rótulo acima mostra a sua importância: a dicotomia software livre *versus* software proprietário não tem qualquer relação com dinheiro ou comerciabilidade, mas tão somente com a não usurpação das liberdades dos usuários[218]. Livre e grátis são, portanto, conceitos que devem permanecer completamente distintos para entender-se o fenômeno do software livre. Deste modo, pode-se elaborar uma classificação dos softwares dividida em quatro categorias: (i) livre e comercial, (ii) livre e gratuito, (iii) proprietário e comercial ou (iv) proprietário e gratuito. Portanto, livre e grátis não e identificam nem se implicam.

Note-se que esta distinção entre livre e grátis torna-se ainda mais relevante para o movimento pelo software livre na medida em que a confusão dos conceitos leva as empresas a perceberem o software livre como uma ameaça, quando, na realidade, ele não é[219]. Isto não leva a quaisquer implicações teóricas, contudo, a sua relevância prática é tremenda, vez que não se pode ignorar o poder que as empresas, ainda mais em um setor como o de tecnologia, exercem na sociedade através da construção de discursos que criam verdades socialmente aceitas e afetam diretamente a produção e exercício dos direitos[220].

Mais ainda, a confusão do conceito de software livre acaba por minar o entendimento da própria sociedade que não toma conhecimento da verdadeira natureza do debate e, desta forma, pode ser facilmente influenciada por discursos falaciosos que buscam ridicularizar ou taxar de utópica a idéia de desenvolvimento cooperativo de software. Assim, torna-se fácil convencer a comunidade de que os direitos que os comerciantes de software pleiteiam nada mais são do que os direitos que eles naturalmente detém enquanto fruto de seu empenho em desenvolver determinado software.

---

218 Muitos são os exemplos de softwares proprietários distribuídos gratuitamente, sendo, alguns deles, muito populares, pode-se citar: Adobe Acrobat Reader, MSN Messenger, Skype, ICQ. Todos estes softwares são conhecidos e utilizados pela maior parte dos digitalmente incluídos e, entretanto, podem ser legalmente obtidos gratuitamente nos sites das próprias empresas que os desenvolvem, sem que isso os torne softwares livres.

219 Cabe aqui um esclarecimento. Como adiante ver-se-á, a proposta do software livre é uma ameaça a algumas empresas, que são aquelas que detém o domínio do mercado a partir de um software básico largamente difundido. Contudo, isto não deve ser confundido com uma ameaça ao exercício da atividade empresarial. Ocorre que o software livre quebra o monopólio que a empresa que desenvolveu o software tem sobre aquele produto de forma a possibilitar a existência de concorrência em maior ou menos grau, acabando com o domínio de algumas gigantes. Para uma análise aprofundada sobre os meios de exercer atividade empresarial lucrativa com software livre, ver capítulo 4.1.3.1.

220 Exemplos disso são os termos "pirataria" e "furto" correntemente utilizados nos jornais e na mídia como forma de criar nos cidadão a mentalidade de que uma pessoa que faz uma cópia de um software é um "pirata" ou "ladrão" e está roubando patrimônio alheio.

Software livre, portanto, tem a ver com liberdade e não com patrimônio. Porém, qual é esta liberdade que o software livre proclama? Quais os critérios para enquadrar um software no conceito de software livre? O assunto já foi perfunctoriamente abordado no capítulo três, quando foi introduzido o conceito de *copyleft*. Entretanto, agora é o momento de realizar-se uma análise mais detida e aprofundada desta liberdade que se quer garantir aos usuários.

Quatro são as liberdades que um software deve resguardar à comunidade para que possa ser considerado software livre, sendo elas, de forma resumida e didática: a liberdade de usar, a de alterar, a de compartilhar e a de ofertar.

4.1.2.1. A Liberdade de Usar

A liberdade de usar é aquela de executar um programa para quaisquer propósitos, a mais básica de todas as liberdades que um usuário deve deter, de tal forma fundamental que ela foi inicialmente chamada de liberdade zero[221] e é mantida até mesmo pela quase totalidade dos softwares proprietários. Sobre esta liberdade, portanto, pouco há a ser dito de relevante e indispensável ao tema deste estudo, já que não há grande controvérsia entre os adeptos de um desenvolvimento cooperativo e os de um desenvolvimento empresarial, sendo ambas as formas de desenvolvimento compatíveis com esta liberdade. Todavia, são interessantes algumas considerações.

A liberdade de usar um software é tão básica que é possível cogitar que caso haja a privação deste direito dos usuários uma terceira categoria de software (além do livre e do proprietário) passa a existir, já que isto perverteria até mesmo a noção da propriedade intelectual (ou dos direitos autorais) sobre o software. Isto porque, a noção de direitos intelectuais vem justamente de uma limitação ao uso do conteúdo intelectual inerente a certos bens, não da limitação do uso do bem concreto. Ou seja, ao adquirir um livro, um sujeito tem a liberdade de usar, gozar e dispor[222] daquele bem como lhe aprouver, sendo-lhe restrito, contudo, o uso do conteúdo intelectual da obra, o qual não é susceptível do regime

221 In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 41.

222 Código Civil, artigo 1228, *caput*.

jurídico ordinário da propriedade do Código Civil, mas do regime jurídico especial disposto na Lei de Direitos Autorais. O raciocínio é o mesmo para quaisquer dentre os direitos de propriedade intelectual, entre eles os direitos de propriedade intelectual sobre o software[223]. Deste modo, a restrição à liberdade de uso do software constitui uma limitação qualitativamente diferente das demais, já que não atinge meramente as limitações ordinárias que constituem o cerne dos direitos intelectuais, mas vai além, atingindo a propriedade ordinária.

A questão é delicada e pode suscitar diversas críticas. A mais óbvia delas é a de que o software não é passível do regime jurídico da propriedade ordinária, da mesma forma em que o livro o é, isto porque o software não existe concretamente do mesmo modo em que o livro. Por isto é que os livros são adquiridos através do contrato ordinário de compra e venda de coisas móveis e o software é transacionado através do licenciamento[224].

A crítica não merece prosperar. Aqueles que levantassem tal argumento estariam implicitamente admitindo que a realidade jurídica de tratamento do software é ontológica, não dispositiva, ou seja, que o regime jurídico do software foi constituído desta forma por um imperativo inerente à sua própria natureza e não de acordo com o discernimento de adequação do legislador.

Nada mais impróprio. O software e o livro, sob o viés da concretude, têm natureza perfeitamente idêntica. Quando se imagina o software como um conjunto de instruções e procedimentos que determinam o funcionamento de uma máquina, o qual vem inserido em um CD, mas pode expressar-se de diversas outras formas (inclusive através da transcrição de seu código-fonte), sem requerer necessariamente um tipo determinado de suporte material, e, paralelamente, percebe-se o livro como um objeto concreto com dadas características físicas inexoráveis (capa, contracapa, páginas, lombada e conteúdo semântico transcrito), está-se a comparar duas coisas de natureza diversa. Todavia, não é o

223 Assim, nada impede que alguém use uma garrafa individual de Coca-Cola para estocar água, nem que a submeta ao fogo para alterar-lhe o formato e fazer um trabalho escolar (não há ofensa aos direitos decorrentes do regime de desenho industrial), nem há qualquer impedimento de que picote o seu rótulo (não há ofensa aos direitos de marca) ou acrescente substâncias ao refrigerante (não há ofensa ao segredo industrial ou a patente, conforme o caso). Isso porque, aquela porção concreta de Coca-Cola adquirida, bem como seu rótulo e garrafa são todas bens de propriedade do adquirente, sendo-lhe, portanto, conferidos todos os direitos ordinários de propriedade. Os direitos de propriedade intelectual, como o próprio nome já sugere, não vêm atingir bens concretos, mas aqueles intelectuais, os quais não são passíveis da propriedade ordinária, mas de um regime jurídico próprio.

224 Lei do Software, artigo 9°, *caput*.

livro enquanto objeto físico quem recebe a proteção autoral e sim o seu conteúdo intelectual, o qual também pode ser expresso de diversas formas, não implicando necessariamente um dado modelo de suporte material (exemplo disso sãos os já conhecidos *e-books* que prescindem do papel e, inclusive, são processados por computadores.

Por que, então, existe esta confusão a respeito das qualidades do livro ao passo que percebe-se claramente que o software não é idêntico ao seu suporte físico e nem com ele se confunde? A resposta parece estar ligada à diferença de épocas em que cada um surgiu. Quando do surgimento do livro, o texto nele transcrito somente poderia ser reproduzido com um suporte material determinado, o qual foi criado especialmente para a transmissão do texto. Portanto, ambos tinham sua justificação existencial no remanescente (o suporte físico apenas serviria para transmitir o texto e este apenas poderia ser transmitido por aquele suporte físico).

Por outro lado, o software, para ser transmitido, jamais foi exclusivamente dependente de um suporte físico e os suportes capazes de transmitir software não tinham sua justificativa unicamente em função daquele, de modo que é fácil perceber que o conteúdo e o continente são completamente diversos[225]. Além disso, o software surgiu em um momento em que a noção de bens imateriais ou intelectuais já está amplamente disseminada culturalmente, ao passo que o livro a precedeu em milênios[226].

Assim sendo, apesar de denominarmos "livro" tanto conteúdo como continente, isto não implica que ambos sejam ontologicamente uma coisa só. Do mesmo modo que percebemos o software como algo distinto do seu suporte físico, devemos, pois, perceber o "livro-continente" como diverso do "livro-conteúdo". Este, por sua vez, é intelectual na mesma medida em que o software e, se é possível vendê-lo anexo ao seu suporte físico, não existe qualquer impedimento, natural, ontológico, lógico ou transcendental para que se faça o mesmo com o software. Destarte, o fato de o software ser transmitido aos usuários através de licença de uso, ao passo em que o livro o é pela compra e venda, não implica

225 Fácil perceber. Um software pode ser transmitido de inúmeras formas, e adapta-se aos mais diversos suportes físicos, como, por exemplo, CDs, DVDs, disquetes, fitas magnéticas, folhas de código transcrito. Não somente, mas também estes suportes físicos não foram criados e nem servem unicamente de suportes físicos ao software. Cada um deles pode servir de suporte aos mais variados conjuntos de informações (os CDs costumeiramente suportam músicas e os DVDs filmes).

226 Entendendo-se que os manuscritos antigos já eram formas rudimentares de livros.

nada além de uma escolha técnica do legislador entre dois regimes possíveis.

Poder-se-ia, então, alegar que restrição não é feita ao uso do continente, mas apenas ao de seu conteúdo. Neste ponto o argumento torna-se intrincado. Em uma análise perfunctória, a restrição do uso atinge tão somente o conteúdo e não o continente, já que não se visa objetar o uso do suporte físico, mas sim do software. Todavia, uma análise mais detida deve dissolver esta primeira impressão.

O software funciona a partir da leitura, pela máquina, das instruções inseridas em um suporte físico. Portanto, restringir o uso do software é, em última instância, restringir o uso deste suporte. Ora, se alguém possui um computador e um suporte físico qualquer que contenha um software, impedir sua liberdade de executar o software para quaisquer finalidades implica, necessariamente, uma restrição ao uso combinado de seus dois bens físicos, sujeitos ao regime jurídico da propriedade ordinária (o computador não pode ser usado para ler o CD, nem o CD pode ser lido pelo computador[227]). Restringir a faculdade de uso do software é, portanto, semelhante a uma restrição que se faça à leitura de um livro, torna o objeto físico dispensável e sem valor, vez que restringe seu proprietário de utilizá-lo para a sua função primordial[228].

Inevitável, portanto, concluir pela diferença qualitativa desta primeira liberdade do usuário, pois, dentre todas, esta é a única que ultrapassa os limites do direito de propriedade intelectual e vai atingir até mesmo as liberdades resguardadas ao usuário enquanto proprietário ordinário[229]. Como já dito, tanto o software livre como o proprietário respeitam esta liberdade fundamental, de forma que um modelo de

---

227 Ou seja, o sujeito é proprietário de ambos, suporte físico e computador, e, portanto, tem direitos de usar, gozar e dispor de ambos da forma que melhor lhe aprouver, desde que não utilize o computador para executar as instruções do suporte físico e nem o este para instruir uma máquina capaz de computar dados. A incoerência é gritante. O proprietário perde a faculdade de usar seus bens para sua finalidade mais essencial (para que serve um computador, senão para processar dados ou um suporte físico de software, senão para de instruir uma máquina de computar dados?), para que serve um livro que não se pode ler ou o dinheiro que nada compra?

228 Um livro que não se pode ler ainda poderia servir de peso de papel, de combustível para fogueira ou de XX, mas inúmeros outros objetos serviriam para as mesmas funções, o que tornaria o livro tão fungível quanto uma pedra. O mesmo vale para o suporte físico que contém um software. Se não se puder executá-lo em um computador ele tem tanta serventia quanto um caco de vidro.

229 Ainda é possível imaginar-se um crítica no sentido de que esta limitação aos direitos de propriedade ordinária nada tem de extraordinário, haja visto que a propriedade, em nosso ordenamento jurídico, não é mais uma propriedade absoluta, mas deve obedecer a sua função social (Constituição Federal de 1988, artigo 5°, inciso XXIII). Esta crítica, entretanto, parece ser insustentável, vez que é justamente a função social da propriedade que se está a desrespeitar, já que concede-se a propriedade, mas ela é inútil (é como conceder-se um latifúndio a um fazendeiro que, contudo, jamais poderá utilizar aquelas terras para a atividade agropecuária).

software que a desrespeite deve constituir uma terceira categoria apartada de ambas.

De acordo com o que se descobriu até aqui com este estudo, parece ser esta terceira categoria a mais adequada para o enquadramento dos softwares que contêm medidas DRM, bem como, e principalmente, aqueles que fazem uso da tecnologia chamada *Trusted Computing* (*Treacherous Computing*). O que acontece com os softwares que fazem uso dessas tecnologias é justamente uma restrição ao uso do software, através da sempre renovada requisição de licenças para que o programa possa ser executado pelo computador[230]. Desta forma, torna-se possível ao distribuidor de software controlar quantas vezes um programa será utilizado pelos usuários, bem como, e aqui vem o maior perigo, quais dados e arquivos ele poderá acessar, não por incapacidade técnica do programa, mas por escolha de seu distribuidor original[231].

A questão representa enorme perigo. Atualmente, a maior parte dos acervos de informação e conhecimento da humanidade tem sido transformada em arquivos digitais, pela vantagem de que estes arquivos são praticamente imperecíveis[232]. Não há, pela primeira vez na história da humanidade, perda de informação com a passagem do tempo, associada ao fato de que a internet e a informática têm possibilitado que cada indivíduo, sito em qualquer ponto do globo, possa acessar qualquer informação proveniente de qualquer outro ponto, instantaneamente e a custos muitíssimo reduzidos.

Contudo, através de mecanismos como estes aqui analisados, cria-se a possibilidade de

---

230 "*Technologies of encryption and scrambling, which are used by media/knowledge conglomerates, are not a replacement for copyright norms, but rather a complement.*" Tradução livre: Tecnologias de criptografia e codificação de dados, as quais são usadas pelas corporações de mídia/conhecimento, não são um substituto para as normas de direitos autorais, mas um complemento. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 184.

231 "*Treacherous computing is a more appropriate name, because the plan is designed to make sure your computer will systematically disobey you. In fact, it is designed to stop your computer from functioning as a general-purpose computer. Every operation may require explicit permission. The technical idea underlying treacherous computing is that the computer includes a digital encryption and signature device, and the keys are kept secret from you. (...) Proprietary programs will use this device to control which other programs can you run, which documents or data you can access, and what programs you can pass them to*." Tradução livre: Treacherous Computing é um nome mais apropriado, pois o plano é feito de modo a garantir que seu computador irá sistematicamente desobedecê-lo. Na verdade, é desenhado para impedir que seu computador funcione como um computador multifuncional. Cada operação poderá requerer permissão explícita. A idéia técnica por trás da *treacherous computing* é que o computador contenha um código criptografado que requer senha e esta é mantida em segredo. (...) Softwares proprietários usarão este dispositivo para controlar quais programas você poderá executar, quais documentos ou informações poderá acessar e para quais programas você poderá repassá-los. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 115.

232 Excetuando-se hipóteses eventuais de dano físico aos discos em que os dados encontram-se gravados, causado por incêndio ou outro acidente.

concentrar nas mãos de alguns indivíduos o poder de impedir aos demais o acesso ao conhecimento. Não se trata meramente do problema da censura, que em nossa sociedade contemporânea já não mais tem sua antiga força. Trata-se de um controle muito pior: o controle econômico. Estas novas tecnologias têm permitido que alguns poucos gigantes do desenvolvimento empresarial de software exerçam o poder de restringir o acesso à informação daqueles que não lhes satisfizerem os interesses, entenda-se, não lhes pagarem o que entendem justo. Não é preciso um grande exercício de racionalidade abstrata para perceber que o único resultado possível desta situação é o agravamento da marginalização já tão agigantada em nossa sociedade.

Por ora, conclui-se este subcapítulo apenas com a observação, que adiante será retomada, de que se a restrição às demais liberdades atravanca e impede o conhecimento em uma de suas áreas específicas, o software, a restrição a esta primeira liberdade é dotada do potencial de criar um bloqueio econômico ao acesso a todas as formas de conhecimento, vez que as tecnologias de tratamento digital da informação têm se tornado cada vez mais a regra e não é fazer uso indevido de dons messiânicos imaginar que em breve chegará o tempo em que esta forma de tratamento será a única existente em nossa sociedade.

Note-se que esta questão é duplamente importante para um país como Brasil, vez que agrava a situação de marginalização econômica de camadas da população ao ampliar-se a sua, já existente, exclusão do conhecimento, bem como torna toda a nação excluída em relação aos países desenvolvidos, que têm maior e mais avançada produção cultural e uma população com meios econômicos de acessá-la, ainda quando monopolizada.

4.1.2.2. A Liberdade de Alterar

Antes de qualquer consideração a respeito desta e das demais liberdades de que tratará este estudo nas próximas páginas, é imperativo que fique clara a imprescindibilidade de que o software seja distribuído com seu código-fonte aberto, não apenas por meio de arquivos executáveis, para que as três liberdades a seguir sejam empiricamente realizáveis. Deve-se, portanto, manter-se em mente que esta

assertiva é inerente a todas as considerações que se seguem.

A melhor tradução do significado desta segunda liberdade perfaz-se no rótulo "ajudar-se a si mesmo", ou seja, é a liberdade que o usuário tem de adaptar seus softwares às suas necessidades individuais. Note-se que, atualmente, existem no mercado softwares que tornam possível executar as mais diversas e complexas tarefas. Contudo, grande parte destes softwares são desenvolvidos visando atrair o maior número possível de usuários, o que somente é possível por meio de uma padronização do software, fato que implica em sua sempre imperfeita adequação às necessidades dos usuários individualmente considerados[233].

Grande parte das vezes, a disparidade entre as necessidades do coletivo e do indivíduo não é tão grande, o que torna possível que o próprio usuário realize as adaptações que entende importantes para o seu uso pessoal, sendo certo que lhe seria impossível desenvolver sozinho o mesmo software. Contudo, quando esta liberdade é retirada da comunidade e reservada apenas ao detentor de direitos intelectuais sobre o software, o usuário torna-se dele dependente.

Desta forma, precisando, o usuário, de qualquer adaptação ou particularização em seu software, ele obrigatoriamente deverá submeter-se à vontade do detentor de direitos e pedir-lhe que realize as alterações. Isto pode parecer trivial. Todavia, é necessário observar que aquele que detém os direitos sobre o software, no atinente ao mercado deste produto, está em posição de mercador monopolista, o que faz com que ele possa cobrar por tal serviço um preço muito além de seus custos, com vistas à obtenção do chamado sobre-lucro monopolista. Pior. Quanto maior o público consumidor de um determinado software, menores são as chances de que a empresa que o desenvolve tenha até mesmo o interesse em ofertar aos consumidores este tipo de serviço, pelo simples fato de que para realizá-lo deverá mobilizar vultosa soma de capital humano, o que necessariamente será feito em detrimento de pesquisas em desenvolvimento de novos softwares, de maior alcance e lucratividade dentro do mercado, os quais ainda servirão para a manutenção futura daquela fatia do mercado. Assim, o custo de

233 "Sabemos que a vontade de impor o 'melhor dos mundos' pode ser o pretexto das piores ditaduras. Mas, no caso, o horror não decorre da busca do melhor, da preocupação com a otimização, mas do caráter forçado, definitivo, exterior da solução molar, maciça, válida para todos, e portanto fatalmente inadequada para cada um. Restringindo as liberdades, o 'totalitarismo' destrói igualmente as potências do ser." In LÉVY, Pierre, *L'intelligence collective: Pour une Anthropologie du Cyberspace*, 1994, trad. port. de L. P. Rouanet, *A Inteligência Coletiva: Por uma Antropologia do Ciberespaço*, 4a. Ed., São Paulo, Loyola, 2003, p. 79.

oportunidade nos indica que a probabilidade maior é de que este serviço não seja oferecido em grande parte das situações.

Em ambas as hipóteses, o usuário seria simplesmente alijado de uma de suas faculdades em prol de um beneficiário que não pretende exercê-la ou que, na melhor das hipóteses, a exercerá a altos custos. A relevância disto pode parecer pequena, mas não é.

Uma primeira, e mais imediata, conseqüência desta privação imposta à comunidade diz respeito à economia. Ora, dentre os fatores que podem levar alguém a querer alterar um software, bem como qualquer outra coisa, encontra-se a facilidade, subjetiva ou objetiva, que ele imagina resultará desta alteração. Ou seja, um indivíduo somente se dará ao trabalho de modificar determinado objeto se da modificação imaginada supostamente resultar-lhe algum benefício. Isto é verdade para quaisquer atividades às quais a mente humana se dedica, dentre elas, a produção e o comércio de bens e serviços.

No mundo contemporâneo já é quase impossível pensar-se em um ramo da atividade empresarial que prescinda do uso de softwares para otimizar sua eficiência e sobreviver à concorrência. A maior parte dos softwares que utilizam, entretanto, foram concebidos para atender às necessidades de uma coletividade e não àquelas de cada empresa individual, com atenção às suas particularidades. Disto resulta um coeficiente de inadequação do software aos anseios da empresa. De acordo com o grau de inadequação do software, bem como da disponibilidade de capital volátil a ser reinvestido, a empresa decidirá por uma, dentre três atitudes possíveis com relação àquele software: (i) adquiri-lo e com ele trabalhar buscando o máximo de eficiência possível dentro de suas limitações; (ii) modificar o programa para de forma que ele se torne adequado às particularidades da empresa; (iii) buscar algum substituto que sirva melhor aos seus anseios.

Observe-se que as três alternativas apresentam custos que a empresa deverá calcular. Imagina-se que um empresario decidirá pela primeira alternativa apenas se as incompatibilidades do software com as particularidades da empresa forem pequenas o suficiente para seu custo de operabilidade ao longo do tempo seja menor do que o custo das duas alternativas restantes. Ou seja, o software não é ótimo às necessidades da empresa, gerando um déficit de eficiência, o qual, contudo, o empresário calcula será menor do que o custo de buscar e adquirir um substituto.

Por outro lado, o custo de eficiência pode ser grande, obrigando o empresário a escolher uma dentre as duas alternativas restantes. Nesta hipótese, a escolha será feita atentando-se para a comparação entre os custos de modificar o programa de forma a particularizá-lo às expectativas da empresa e aqueles de obter um programa alternativo.

Ora, se a comunidade é privada de sua liberdade de alterar um software em prol de um único sujeito de direitos, parece claro que a posição de monopolista que este detém encarecerá o preço da segunda alternativa muito além do seu custo real, quando não impossibilitá-la, já que não há qualquer obrigação de que este serviço seja ofertado e nem é possível presumir que ele será economicamente interessante para a empresa.

Assim sendo, parece claro que na esmagadora maioria dos casos, os empresários poderão decidir, na realidade, apenas entre a primeira e a terceira alternativas, sendo a segunda inviável.

Observe-se que, na primeira, o custo de eficiência será sempre ignorado e tornar-se-á parte da produção. Na terceira, por sua vez, o empresário poderá decidir entre duas novas escolhas: (i) adquirir um software já existente no mercado; (ii) contratar uma empresa especializada no desenvolvimento de softwares para desenvolver um que lhe atenda a todas as necessidades.

Note-se que desenvolver um software individual implica a mobilização de elevado capital por parte do usuário, comparando-se com um software coletivamente ofertado (onde os custos de desenvolvimento são coletivamente suportados), bem como requer um longo período de estudos e testes até mesmo para saber quais são especificamente as necessidades daquela empresa. Em contraponto, o software genérico tem um custo menor em termos de tempo de desenvolvimento (que no caso é zero, vez que ele já se encontra no mercado) e capital investido, mas apresenta o mesmo problema de inadequação inerente do outro software (inadequação menor, mas jamais inexistente).

Não é ousar demais imaginar que uma empresa somente contratará outra para lhe desenvolver um software particularizado nos casos em que os softwares disponíveis no mercado forem quase que completamente inúteis à sua atividade empresarial. Ou seja, na maior parte dos casos uma empresa deverá escolher entre o menos inadequado, pois inadequados todos serão, dentre os software existentes no mercado. E isto tão somente porque a comunidade encontra-se alijada de sua liberdade de alterar os

softwares, o que se dá em prol dos interesses de um único sujeito, o qual na maior parte das vezes não se disporá a realizar alterações ou as realizará a custos elevadíssimos e o custo de desenvolver um software isoladamente é muito alto. Desta forma, retirar da comunidade sua liberdade de alterar softwares significa uma perda de eficiência econômica para a atividade empresarial como um todo[234].

Atente-se para o fato de que não se está aqui a pregar que a manutenção desta liberdade acabaria com a ineficiência. Certo grau de ineficiência sempre existiu e parece que sempre existirá. A mudança que esta liberdade permitiria seria quanto ao grau de ineficiência tolerável, conseqüência da diminuição dos custos de alteração[235].

Toda alteração implica um custo mínimo, nem que seja de tempo, então, a escolha entre permanecer com o software nos parâmetros em que ele é inicialmente apresentado ou alterá-lo sempre dependerá da comparação entre o custo da alteração e seu correspondente benefício. Todavia, em uma sociedade onde os usuários têm a liberdade de realizar alterações fazendo uso de suas próprias capacidades, o custo global tende a diminuir, já que se o desenvolvedor original recusar-se a ofertar este serviço ou ofertá-lo a um preço muito elevado existirá uma infinidade de concorrentes potenciais para fazê-lo em seu lugar, incluindo o próprio usuário que necessita da alteração[236].

Uma segunda conseqüência, menos imediata, porém mais grave, tem a ver com ética e não com economia. O problema em privar-se a comunidade da liberdade de alterar e modificar softwares, assim como qualquer outra coisa, tem a ver com o discurso não dito que se consolida na mentalidade dos indivíduos que compõem a sociedade. Em palavras, tal discurso comporia algo como: "nem eu, nem

---

234 "Esta possibilidade de alterar o software e utilizá-lo para os fins que forem mais convenientes, também proporciona aos empresários que trabalham com desenvolvimento, uma vantagem a mais diante da concorrência, pois podem oferecer aos seus clientes um diferencial com seus produtos, personalizando o software conforme as necessidades específicas de cada empresa." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 115.

235 "Com os sistemas livres, o usuário pode escolher o que precisa e o que deseja instalar nos seus equipamentos, personalizando um sistema mais pesado, caso disponha de memória suficiente para garantir um bom desempenho, ou de um sistema mais leve, caso tenha pouca memória em seus equipamentos." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 130.

236 "*Complete system sources will be available to everyone. As a result, a user who needs changes in the system will always be free to make them himself, or hire any available programmer or company to make them for him. Users will no longer be at the mercy of one programmer or company which owns the sources and is in sole position to make changes.*" Tradução livre: Os códigos-fontes completos de sistemas estarão disponíveis para todos. Como conseqüência, um usuário que precisar impor mudanças em seu sistema pessoal estará sempre livre para fazê-lo ele mesmo ou então contratar qualquer programador ou companhia dispostos a fazê-lo. O usuários não mais estarão à mercê de um único programador ou companhia que detém o código-fonte e encontrasse isolada em sua capacidade de realizar modificações no software. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 34.

meus pares temos a capacidade de resolver nossos problemas com software, para isto dependemos da 'ajuda' da empresa que desenvolveu o software, que além do mais, por tê-lo feito, tem o direito de reservar a si o conhecimento de como funciona aquele software. Por tê-lo desenvolvido para nós, devemos agradecê-la e, se além disso, ela resolver os problemas que encontramos em nos adaptar ao 'seu' software, devemo-la agradecer em dobro." Sob esta ótica, a sociedade encontra-se sempre submissa e em débito para com as empresas, o que justifica a facilidade com que estas conseguem propôr restrições cada vez mais amplas àquela.

É evidente que programar softwares com competência não é tarefa das mais simples, mas nem por isso é necessário ter uma especialização em Ciências da Computação para conseguir entender conceitos básicos de programação e realizar modificações simples[237]. Além disto, nem toda a alteração precisa necessariamente ser uma inovação, no sentido de salto tecnológico. A maior parte das alterações consiste apenas em unir conceitos já previamente conhecidos de forma pouco criativa, mas muito conveniente sob a perspectiva individual.

Ao restringir a liberdade da comunidade de modificar os softwares de forma a adaptá-los às suas necessidades, contudo, está-se a impedir o indivíduo de explorar e desenvolver estas suas pequenas capacidades ou mesmo de descobri-las e reconhecê-las[238]. O efeito social disto é alarmante. Reproduz-se no seio social a sensação de impotência, incapacidade ou incompetência individual, aliada a uma forte dependência de um terceiro que ampare os indivíduos em suas infinitas fraquezas. Fraquezas estas que os indivíduos não entendem como eventuais ou de oportunidade, mas como estruturais, pois a ajuda é sempre no sentido de concedê-lo o produto final como uma espécie de favor, jamais os meios para que

---

237 "*Anybody of reasonable intelligence can learn a little programming. There are hard jobs, and there are easy jobs, and most people are not going to learn enough to to hard jobs. But lots of people can learn enough to do easy jobs, just the way 50 years ago, lots and lots of American men learned to repair cars, which is what enabled the US to have a motorized army in World War II and win. It is very important to have lots of people tinkering.*" Tradução livre: Qualquer um de inteligência média pode aprender um pouco de programação. Existe tarefas difíceis e fáceis, sendo que a maior parte das pessoas não aprenderá o suficiente para lidar com as difíceis. Entretanto, muitas pessoas podem aprender o necessário para realizar tarefas simples, da mesma forma que há 50 anos muitos e muitos homens estadunidenses aprenderam a consertar carros, o que permitiu que os Estados Unidos tivessem um exército motorizado na Segunda Guerra Mundial e a vencesse. É muito importante ter várias pessoas tentando aperfeiçoar. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 164.

238 "Na esfera do humano, as tecnologias moleculares propõem aos grupos e às pessoas instrumentos que lhes permitam valorizar a si próprias, qualidade por qualidade. Promovem o reconhecimento mútuo e a sinergização das qualidades antrópicas." In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, p. 57.

perceba seus próprios potenciais.

Impossível, portanto, em tal contexto, que os indivíduos pensem em algo como autonomia, ainda que enquanto um horizonte para o qual caminham. Não. Em uma sociedade onde vigem tais estruturas de poder e submissão, os indivíduos somente podem ser adultos incompletos, infantilizados e imaturos.

Não se quer, com isso, fazer apologia de uma sociedade utópica onde todos são completamente autônomos e capazes de suprir todas as suas necessidades individuais, pois em última instância nem se estaria a falar a respeito de sociedade, mas de uma pluralidade de indivíduos independentes.

Contudo, uma sociedade onde se incentiva os indivíduos a se sentirem hierarquicamente dependentes só pode contar com cidadãos irresponsáveis e sem qualquer sentimento de comunhão pelo coletivo. Ora, se alguém cuida dos meus problemas para mim, então não tenho que com eles preocupar-me, ao passo em que se eu é quem sou, em ultima instância, o responsável pelo meu próprio bem-estar não permitirei que ninguém imponha a mim qualquer conduta sobre a qual não ponderei.

A consciência das próprias limitações torna o indivíduo consciente da sua dependência com relação a seus pares, assim como da reflexa dependência que estes têm dele. Uma dependência que caminha em todos os sentidos e faz com que os indivíduos reconheçam seu valor intrínseco, bem como aqueles dos demais, uma interdependência, sem qualquer hierarquia ou dependência de mão única.

A liberdade de estudar e alterar softwares tem, portanto, em último grau, relação direta com o ideário de uma sociedade que busca cidadãos autônomos. Claro sendo que somente uma sociedade com estas características é favorável ao pensamento crítico, tão caro à individualidade de cada um e ao mesmo tempo tão necessária ao grupo que se pretende alforriado e emancipado. Do contrário, procriam-se apenas indivíduos resmungões e complacentes com sua situação de miséria, já que esperam de terceiros (pais, professores, governadores, líderes religiosos, mitos ou empresas) a mudança[239].

Por fim, este discurso não dito que se propaga na mentalidade da comunidade tem um efeito

239 Além disso, "na era do conhecimento, deixar de reconhecer o outro em sua inteligência é recusar-lhe sua verdadeira identidade social, é alimentar seu ressentimento e sua hostilidade, sua humilhação, a frustração de onde surge a violência. Em contrapartida, quando valorizamos o outro de acordo com o leque variado de seus saberes, permitimos que se identifique de um modo novo e positivo, contribuímos para mobilizá-lo, para desenvolver nele sentimentos de reconhecimento que facilitarão, conseqüentemente, a implicação subjetiva de outras pessoas em projetos coletivos." In Lévy, Pierre, op. cit., nota XX, p.30.

viciante, ao mesmo tempo em que escravizante: os indivíduos passam a acreditar na falácia de que o único meio de conseguirem softwares é através da outorga de suas liberdades a um terceiro, o qual somente assim terá incentivos e meios suficientes ao seu desenvolvimento.

Este é o ataque mais impetuoso do desenvolvimento cooperativo ao modelo de desenvolvimento empresarial vigente: outro meio de desenvolver software é possível, o qual ainda preserva as liberdades da sociedade. Sendo assim, em que se justifica a pretensão das empresas de privar a sociedade destas liberdades? A resposta comumente dada é: qualidade. Ou seja, a comunidade deve abster-se do gozo de algumas de suas liberdades, pois somente assim será possível o desenvolvimento softwares com qualidade técnica, refinamento e alto grau de inventividade[240].

Inicialmente, a proposta do software livre, idealizada por R. Stallman, tinha exclusivamente o objetivo de preservar as liberdades dos indivíduos por conta de um imperativo ético. Eficiência e qualidade técnica nunca foram parte das premissas do software livre[241]. Contudo, no início dos anos noventa do século passado, foi realizado um estudo nos Estados Unidos com o objetivo de aferir a confiabilidade de diferentes softwares desenvolvidos para executar as mesmas atividades ou rotinas e descobriu-se que o sistema GNU era o software mais confiável[242], vencendo todos os concorrentes

---

240 Curioso notar, entretanto, que as maiores invenções do século XX não foram obtidas a partir deste estímulo econômico à inventividade propiciado pelos privilégios monopolistas, sem entrar nos mérito de todas as conquistas da Humanidade provenientes de tempos em que nem mesmo existia a noção destes privilégios. Nesse sentido, "*in this book we have seen that two of the three most consequential technological breakthroughs of the last century – the Internet and the new molecular biology spawned by unlocking DNA – were the fruits of public investment mainly in universities, not of commercial pursuit of patents or copyright. (...) The third most consequential scientific breakthrough of 20th century was not so positive in its effects – nuclear energy. Yet it too was the product of US public investment in attracting the best minds not only from its own universities, but also from those of Germany, the UK, Australia and Canada to the Manhattan project.*" In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota XX, p. 212.

241 "*In 1980's a lot of us thought that maybe free software wouldn't be as good as the non-free software, because we wouldn't have as much money to pay people. And of course people like me, who value freedom and community, said, 'Well, we'll use free software anyway.' It's worth making a little sacrifice in some mere technical convinience to have freedom.*" Tradução livre: Nos anos 1980 muitos de nós achávamos que o software livre talvez não fosse ser tão bom quanto os softwares não-livres, vez que nós não teríamos tanto dinheiro para pagar as pessoas. É claro que pessoas como eu, as quais valorizam a liberdade e a comunidade, disseram então: "Bem, nós usaremos software livre mesmo assim." Valem a pena alguns sacrifícios meramente de conveniênica técnica em prol da liberdade. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 166.

242 "A primeira característica freqüentemente apontada foi uma 'robustez' do sistema operacional. Ou seja, a qualidade estrutural do sistema base, da plataforma de interface entre o hardware e o software aplicativos. Neste sentido, o software livre parece demonstrar uma qualidade técnica muito superior em relação ao software proprietário hegemônico da Microsoft, encontrado no mercado, o Windows." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 127.

proprietários[243]. O estudo foi publicado e o seu resultado anunciado a todos os desenvolvedores. Anos mais tarde, o mesmo teste de confiabilidade foi repetido com as novas versões daqueles mesmos softwares tendo o GNU novamente suplantado os concorrentes proprietários[244].

Destarte, se o modelo empresarial de desenvolvimento de software não é o único possível e se a alternativa a este modelo produz softwares com qualidade técnica superior, preservando as liberdades da sociedade, qual, então, é a justificativa para manutenção destas restrições?

4.1.2.3. A Liberdade de Compartilhar

Se a liberdade de alterar o software pode ser resumida no rótulo "liberdade de ajudar-se a si mesmo", a liberdade de compartilhamento de software nada mais é do que o transplante desta mesma liberdade do âmbito individual para o social ou comunitário. Ou seja, a liberdade de compartilhar softwares nada mais é do que a liberdade que tem a sociedade de ajudar-se a si mesma[245]. Isso é feito através da comunicação e troca de conhecimentos por parte dos indivíduos que compõe a sociedade.

Observe-se, desde logo, que não se fala aqui em uma obrigação de compartilhar os softwares gratuitamente, nem mesmo em uma obrigação de fazê-lo sob quaisquer condições. Disserta-se apenas a respeito de uma permissão para fazê-lo, por isso mesmo, uma liberdade. Novamente, existem ao menos duas razões imediatas para que esta liberdade seja preservada, uma de conteúdo ético e outra de conteúdo econômico. Respeitando a primazia dada por R. Stallman às motivações éticas do Movimento pelo Software Livre, inicia-se desta feita pela análise da premissa ética.

O ser humano, dentre outras coisas, é essencialmente egoísta. Desde a mais tenra infância, todas

---

243 Por conta desta superioridade técnica do software livre, "grandes empresas estão optando em migrar seus sistemas para o software livre. No mundo, podem-se citar alguns nomes expressivos como Lufthansa, DowJones, Amazon.com, WallMart e a própria agência americana NASA e o sistema do Pentágono; no Brasil, empresas como as lojas Colombo, Casas Bahia, Banco do Brasil, Petrobrás, Rede de Supermercados Angeloni, Drogarias Catarinense e uma infinidade de pequenas empresas já fazem uso exclusivo de software livre." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 43.

244 In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 166.

245 Richard Stallman fala em uma liberdade de ajudar ao seu vizinho, distribuindo cópias do programa. Contudo, aqui, sem alterar o conceito, preferiu-se mudar o viés que em seu discurso parte da ótica individual e aqui já desde o início tem uma conotação social. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 164.

as suas ações têm como fim a realização de um prazer individual, a preservação da vida, independentemente da possibilidade de que, com isto, cause prejuízo a outros seres. Todos os impulsos e instintos que existem na psiquê humana visam apenas a satisfação própria do indivíduo[246].

Todavia, vivendo em sociedade, cada indivíduo lentamente aprende que nem sempre é possível a realização dos seus impulsos primitivos, vez que não existe um único sujeito com impulsos e desejos próprios interagindo com objetos, mas toda uma pluralidade de sujeitos, cada um com seus próprios desejos e instintos, o que inevitavelmente leva a um conflito quando de sua interação.

Assim, cada sujeito aprende que para conviver em sociedade é necessário observar determinadas regras (sejam elas morais, religiosas, legais, disciplinares), as quais em grande parte das vezes entrarão em conflito com os desejos primitivos de satisfação individual. Não obstante, os seres humanos são capazes de internalizar tais regras, redirecionando os impulsos primitivos, a elas tidos como contrários, para outras atividades ou outros fins.

Esta é uma das principais diferenças entre a sociedade e um outro agrupamento qualquer. Convivendo em sociedade os indivíduos aprendem uma moral social e passam a não mais buscar somente a realização individual, mas também a atentar para o bem comum e a respeitar o próximo como forma de evitar a dor individual causada pelo conflito existente na ausência de tais regras.

A todo agrupamento social, portanto, é inerente um conjunto de regras. Mas não é apenas o indivíduo que ao longo de sua vida desenvolve a moral social e o sentimento de respeito pelo bem comum, também esta moral social desenvolve-se acompanhando o desenvolvimento da sociedade, em um processo muito mais lento. Pode-se, inclusive, avaliar o grau de desenvolvimento de uma sociedade analisando-se as suas regras de convívio, de modo que mais desenvolvida será aquela em que as regras atentarem de forma mais direta à realização do bem estar comum do que à satisfação dos impulsos e

246 "(...) temos de distinguir duas classes de instintos, uma das quais, os instintos sexuais ou o Eros, é, de longe, a mais conspícua e acessível ao estudo. Ela abrange não apenas o instinto sexual desinibido propriamente dito e os impulsos instintuais de natureza inibida quanto ao objetivo ou sublimada que dele derivam, mas também o instinto auto-preservativo, (...) apresentamos a hipótese de um instinto de morte, cuja tarefa é conduzir a vida orgânica de volta ao estado inanimado; (...) ambos os instintos seriam conservadores no sentido mais estrito da palavra, visto que ambos estariam se esforçando para restabelecer um estado de coisas que foi perturbado pelo surgimento da vida." In FREUD, Sigmund, *Das Ich und das Es*, trad. port. de J. O. A. Abreu, *O Ego e o Id*, Rio de Janeiro, Imago, 1997, p. 42 e 43.

desejos individuais[247].

Compartilhar nada mais é do que preocupar-se em colaborar com o bem estar mútuo dentro da sociedade. Obviamente, a questão pode ser analisada a partir de uma perspectiva individualista em que um sujeito apenas compartilha algo que possui porque, desta forma, espera incentivar que os demais membros da coletividade façam o mesmo, resultando na possibilidade de obter aquilo que presentemente não possui. Entretanto, qualquer que seja a motivação interna de um sujeito quando compartilha algo que possui, o resultado será sempre o aumento do bem estar comum.

Por outro lado, quando um sujeito nega-se a compartilhar algo que possui com os demais membros de seu grupo, a sua motivação é sempre egoística. Não há sentido em que este sujeito alegue que não compartilha com seus pares aquilo que possui porque preocupa-se com o bem estar deles.

Porém, o desejo egoísta de manter algo somente para si pode ser ou não sádico. Sádico será quando a motivação que leva o sujeito a reservar a si mesmo o gozo de um determinado bem é apenas prazerosa porquanto priva os demais daquilo que desejam, ou seja, se todos os demais pudessem ter acesso a bens equivalentes ou não desejassem aquele bem, o sujeito possuidor não teria nele qualquer interesse. De outro modo, esse desejo egoístico pode ser o meio que o sujeito encontra para a persecução de um fim socialmente legítimo, ou seja, o sujeito reserva-se o gozo daquele bem determinado porque este é o único modo que imagina ser possível obter uma situação individual melhor, ainda que para isto sacrifique o bem estar comum. Desta forma, se o sujeito tivesse conhecimento de outro modo de alcançar aquele fim, sem a necessidade de sacrifício do bem estar comum, ele abriria mão de reservar a si o gozo daquele bem. Em todo caso, quando um sujeito se nega a compartilhar algo que possui, além de sua motivação íntima ser sempre egoística, o resultado será sempre um decréscimo do bem estar comum.

Evidentemente, algum grau de egoísmo e individualismo dentro da sociedade sempre existiu e sempre existirá. Não passa de utopia imaginar-se que uma sociedade composta por indivíduos primordialmente egoístas possa desenvolver-se a ponto de tornar todos os seus membros perfeitamente

247 Apenas para ilustrar: uma sociedade que permite aos seus membros a vingança (em caso de adultério, por exemplo) é menos desenvolvida do que outra em que a vingança e a auto-composição são reprimidas e privilegiam-se a hétero-composição e as soluções que não sejam feitas por meio de atos anti-sociais ou violentos.

altruístas, visto que isto implicaria em completa aniquilação dos impulsos e desejos primitivos da psiquê, o que é impossível.

Atente-se, contudo, que o egoísmo não é necessariamente contrário ao bem estar social. Como acima dito, sujeitos cuja motivação é essencialmente egoística podem muito bem cometer atos que colaboram com a realização do bem estar social. Exemplo claro desta situação foi a pressão da Inglaterra durante o século XIX para que o Brasil abolisse a escravatura ou ainda a pressão dos Estados ao norte dos Estados Unidos sobre os sulistas com respeito ao mesmo problema. Nem os Estados nortistas, nem a Inglaterra defendiam o fim da mão-de-obra escrava por uma preocupação humanitária e altruísta para com os negros. Defendiam somente os seus interesses econômicos e comerciais egoístas. Em todo o caso, o resultado foi o aumento do bem estar comum com o fim de uma situação de opressão que persistia por séculos, do mesmo modo que teria ocorrido caso a motivação tivesse sido altruísta[248].

O mesmo não é verdade quanto ao sadismo, este é essencialmente anti-social e jamais resultará em um aumento do bem estar comum, pois a satisfação do sujeito encontra-se justamente em agir de modo a prejudicar outros membros da coletividade. Por sorte, ainda que todos os prazeres e todos os desejos sejam primitivamente egoísticos, nem todos são sádicos.

Infere-se, portanto, que as regras dentro da sociedade visam todas à realização do bem estar comum, o que inevitavelmente implica a necessidade de possibilitar a satisfação de parte dos desejos primitivos egoísticos dos indivíduos membros do ente social, mas jamais a finalidade de satisfação dos desejos sádicos.

Destarte, o compartilhamento é a regra que deve ser socialmente privilegiada e individualmente imposta, pois gera aumento do bem estar comum dentro da sociedade. Porém, eventualmente, dada a natureza egoísta do ser humano, devem existir regras que possibilitem aos indivíduos algum grau de negação ao amplo compartilhamento de todos os bens que possuem. Essa possibilidade, contudo, deve ter vista a realização de um fim socialmente legítimo, jamais a satisfação de um prazer sádico.

A partir do exposto, criam-se dois problemas para os fautores da restrição ao compartilhamento

248 Pode-se até mesmo cogitar que a escravidão somente chegou de fato ao fim porque tornou-se contrária aos interesses egoístas de quem exercia grande parte do poder econômico e militar no mundo, ao passo que se tivesse dependido de um amadurecimento altruísta e moral da sociedade talvez ainda hoje os negros fossem escravizados, já que luta-se com muito mais empenho por causas próprias do que pelas de terceiros.

de software. O primeiro deles é que as regras que restringem o compartilhamento de software não outorgam aos detentores somente a faculdade de se negarem a compartilhar o software que possuem, criam uma obrigação de não compartilhá-lo. O segundo, muito ligado ao desenvolvimento cooperativo de software, tem relação com a finalidade da criação de tais regras.

Como dito, a possibilidade de negação individual à prática de um ato com finalidade social como o compartilhamento apenas se justifica enquanto único meio a um fim socialmente legítimo, jamais como um fim em si mesmo, vez que nenhuma regra social deve ter a finalidade de proteger motivações anti-sociais, realizações de prazeres individuais sádicos. Sendo assim, qual finalidade social somente pode ser concretizada a partir da possibilidade (ou obrigação) de não compartilhamento de software?

Quanto ao primeiro dos problemas, parece claro que da mesma forma que não faz sentido que existam regras que obriguem os indivíduos a compartilhar seus bens com a comunidade (tornando-os, assim, não mais bens, mas objetos de uso comum), pois isso inviabilizaria a satisfação de quaisquer desejos primitivos individuais, perdendo, desta forma, a sociedade o seu sentido para os indivíduos dela participantes; também não há sentido possível em regras sociais que determinem peremptoriamente a obrigação de seus membros de não compartilhar aquilo que possuem, em quaisquer circunstâncias, já que estas regras não apenas desincentivam o sentimento individual pelo bem estar comum, mas impossibilitam a prática de atos cuja finalidade é a melhora da situação de bem estar comum dentro da sociedade.

Desde cedo, aprendemos todos o quão nobre é aquele que compartilha com seus pares aquilo que tem. O discurso, contudo, muda radicalmente quanto tratamos de software, ou outros bens intelectuais. Aquele que compartilha software é taxado de criminoso, de pirata[249], e sua conduta é muitas vezes descrita como semelhante à daquele que furta ou rouba. Induz-se o raciocínio de que o compartilhamento de bens intelectuais é uma prática anti-social e destrutiva, ao contrário de seu irmão nobre, o compartilhamento de bens materiais.

Estranha é a justificativa dada a existência de tal proibição. Justifica-se a obrigação dos usuários

249 Ver capítulo 4.1.3.5.

de software (e o mesmo vale para os consumidores de outras formas de conhecimento como os leitores, os expectadores, os ouvintes e etc.) de não compartilhar aquilo que possuem alegando que, na verdade, eles não possuem o software, somente uma cópia dele. Mas nem esta cópia podem compartilhar, vez que a cópia é idêntica ao software. Ou seja, não há qualquer distinção entre ambos, de forma que, se compartilhassem suas cópias, estariam ferindo a faculdade egoística daquele que de fato possui o software de negar-se a compartilhar seu software, ou compartilhá-lo segundo suas regras.

Todavia, se a cópia que alguém possui é idêntica ao software que outro alguém possui, por que um possui de fato e o outro não? Resposta: porque o software é um bem imaterial, intelectual e abstrato e não se confunde com sua expressão no mundo real e físico das concretudes. Ou seja, aquele que possui uma cópia do software possui somente a expressão física e concreta de um bem que é na verdade imaterial e abstrato. Mas então quando alguém possui uma expressão pode dela fazer uso livre? Não, porque o uso livre da expressão na maior parte dos casos confunde-se com o uso do imaterial, intelectual e abstrato. Como, entretanto, é possível que alguém faça uso de algo sem o possuir? Artificialmente cria-se então uma distinção entre possuir e deter. Todos aqueles que possuem uma cópia da expressão concreta do software detêm-no enquanto ativo imaterial, mas apenas um indivíduo possui o software, independentemente de possuir sua expressão física. Assim, todos são capazes de fazer uso do software enquanto bem imaterial, pois todos detém o software, entretanto, apenas aquele que possui o software faz uso lícito do mesmo.

Cria-se, desta forma, a possibilidade de apropriação de conceitos abstratos, ainda que seja impossível que sujeitos concretos tenham qualquer relação física de domínio sobre algo abstrato. Para que fique claro: quando alguém possui uma bolinha de gude cerrada em sua mão, este alguém a domina por meio de uma relação física sujeito-objeto de modo que concentra em si as qualidades de proprietário, possuidor e detentor, automaticamente excluindo todos os demais destas qualidades em relação aquele determinado objeto e determinando o modo em que se dá seu uso. Por outro lado, quando alguém possui a beleza, no seu sentido abstrato, o sujeito concreto não tem meios de dominar aquele objeto abstrato de forma privar os demais das mesmas qualidades que detém em relação àquele objeto, nem pode determinar como se dará seu uso. Isto porque, a beleza, como os demais conceitos abstratos, é inexoravelmente um objeto fruto das faculdades intelectuais humanas, detidas, portanto, em comum por

quaisquer seres humanos. A bolinha de gude, assim como qualquer objeto físico e concreto, tem uma existência que prescinde do ser humano, ao passo em que a beleza, como os demais conceitos abstratos, somente existem e têm valor no interior da psiquê humana, sendo, assim, inerentes à própria existência do ser humano, impossibilitando que um único indivíduo seja capaz de deter tais conceitos de forma a excluir os demais.

O software também é uma abstração, fruto da atividade de intelectual da psiquê humana confrontada com a alteridade do universo e seus objetos, de modo que a partir de sua criação e comunicação, qualquer software passa a ser detido em comum pelos sujeitos humanos que dele tiveram conhecimento. Ou seja, a única forma de privar um sujeito de deter um software é impedindo que aquele deste tenha conhecimento[250]. A partir da comunicação pública, todo software torna-se conhecimento detido comunitariamente, de modo que, ao outorgar a um sujeito a faculdade de restringir aos demais o uso daquilo que com outros detém em comum, uma regra estará a criar um privilégio individualíssimo[251] e egoísta, o qual necessariamente deve ter alguma forte justificativa calcada no bem estar comum. Qual seria, então esta justificativa? Aqui adentra-se no segundo problema.

Duas são as respostas usualmente levantadas para esta pergunta: (i) porque é justo que o desenvolvedor de software (autor, compositor, e afins) receba uma compensação material por seu labor intelectual e contribuição com a comunidade (núcleo do direito do autor)[252]; (ii) porque este é o único meio de a sociedade incentivar o desenvolvimento de software em seu seio[253]. Observe-se, desde logo, que a primeira resposta tem um viés fortemente individualista e egoísta (e também idealista quanto a

250 Observe-se, portanto, que o software criado, porém não comunicado, ou seja, o software que foi desenvolvido, mas cujo desenvolvedor permanece como o único a ter dele conhecimento, é distinto do software publicado, já que o primeiro, mesmo enquanto objeto imaterial e abstrato, é detido individualmente, a contrário do que ocorre com o segundo. Em todo caso, é muito provável que a maior parte dos passos pensados por um desenvolvedor de software também sejam alcançados por outro de forma independente, já que o desenvolvimento de software nada mais é do que fruto de uma atividade de investigação intelectual sobre um objeto.

251 Usa-se aqui a expressão "privilégio individualíssimo" para distinguir esta faculdade daquela outorgada por um direito absoluto sobre bem concreto. Com efeito, um direito individual absoluto sobre um bem que somente pode ser detido individualmente é muito distinto de um direito individual absoluto sobre um bem que necessariamente é detido coletivamente. Isso porque, no primeiro caso está-se a restringir a liberdade de uso da coletividade sobre aquilo que ela não detém, ao passo que no segundo está-se a restringir o uso de algo que detém. Mais ainda, um indivíduo possui sozinho o poder de impedir que os demais exerçam uma faculdade que não implicaria qualquer restrição ao seu uso individual. Ou seja, tal direito é um privilégio na medida em que todos detém a coisa, mas apenas um tem o poder de determinar como se dará seu uso e é individualíssimo, pois é direito individual sobre bem ontologicamente coletivo.

252 Ver capítulo 4.1.3.4.

253 Ver capítulo 4.1.3.2.

figura do autor[254]), ao passo que a segunda aborda o tema diretamente com o foco no benefício social da concretização de um desejo individual.

Ambas as respostas, porém, partem de uma mesma premissa, qual seja, a de que apenas restringindo certas liberdades da comunidade é que é possível ao desenvolvedor obter sua recompensa material pelo trabalho intelectual e à sociedade incentivar o desenvolvimento de software. A justeza desta premissa será discutida no capítulo 4.1.3.1. quando se pretende analisar detidamente todos argumentos favoráveis e contrários a cada um dos modelos de desenvolvimento de software.

Importante notar, contudo, que, a partir de um ponto de vista ético, para que estas regras de restrição ao compartilhamento não sejam sádicas é imprescindível que esta premissa seja verdadeira, já que, do contrário, estar-se-ia a causar um malefício ao bem estar comum dentro da sociedade sem que haja qualquer necessidade prática ou lógica à sociedade de sacrificar esta sua liberdade.

Resta discutir ainda a questão sob uma perspectiva econômica. A pergunta central que aqui deve-se ter em mente é: a partir de um viés econômico é melhor tornar livre ou restringir a comunicação de softwares?

Aqui toma-se por base a sociedade como o padrão para a análise do melhor resultado. Evidente que pela ótica de uma gigante individual do comércio de software a restrição ao compartilhamento é a melhor situação, já que só ela lhe garante a sua tão cara posição de monopólio em relação ao mercado de software, possibilitando o sobre-lucro monopolista.

A partir da perspectiva da sociedade, impedir o compartilhamento de software implica um desperdício de conhecimento e de trabalho. Note-se que aqui se fala em compartilhar o software enquanto código-fonte e não apenas o arquivo executável.

O trabalho de desenvolvimento de software, como já mencionado, é uma trabalho complexo e que na maior parte das vezes exige o esforço conjunto de diversos indivíduos. Isso porque, para um único software, existem diversas sub-tarefas e subrotinas que devem ser executadas e para cada uma delas o programador precisa criar uma porção extensa e complexa de comandos impecáveis para que o software funcione. Cada um desses conjuntos de comandos são chamados de algorítimos e eles não

254 Sobre a desmistificação da figura do autor, ver capítulo 4.1.3.3.

servem apenas para aquele software, mas podem ser reutilizados para uma infinidade de softwares que necessitem das mesmas subrotinas, mesmo que para executar tarefas muito distintas.

Assim sendo, quando compartilham softwares os indivíduos que o desenvolvem podem aproveitar os algorítimos já desenvolvidos por outros em seu próprio trabalho e desta forma concentrar seus esforços em desenvolver algo que ainda não existe, ao passo em que quando há restrição ao compartilhamento, os mesmos passos e algorítimos já existentes têm sempre de ser re-desenvolvidos.

Além disso, quando existe o compartilhamento, qualquer indivíduo pode dedicar-se também ao aperfeiçoamento de uma subrotina já existente, aumentando a eficiência dos inúmeros softwares que a utilizam, ao passo que, quando o compartilhamento não existe, dificilmente aquele que desenvolveu uma subrotina irá buscar continuar trabalhando com ela continuamente, vez que isto não resultará em nenhuma inovação prática, mas apenas em um aperfeiçoamento pequeno do que já existe, o que torna mais atrativo trabalhar na criação de novos algorítimos que possibilitem a execução de novas tarefas. Mais ainda, mesmo que a aperfeiçoasse, tal aprimoramento somente será útil a um único software, diferentemente do que ocorre quando há o compartilhamento, em que cada novo aprimoramento beneficia igualmente todos os softwares que utilizam aquele algorítimo[255].

Esta idéia é muito simples. O desenvolvimento de softwares assemelha-se ao trabalho científico. Quando A. Einstein desenvolveu a Teoria da Relatividade Geral, no início do século passado, ele não precisou se preocupar em desenvolver uma teoria que explicasse que a Terra não era o centro do Universo e que a Lei da Inércia diz que os corpos tendem a permanecer em uma mesma situação a não ser que sobre eles aja uma força, pois N. Copérnico e I. Newton antes dele já tinham trabalhado sobre estes assuntos e compartilharam com o mundo as suas teorias[256].

Assim, para desenvolver sua teoria, A. Einstein não precisou preocupar-se com uma infinidade de relações físicas e lógicas com as quais outros antes dele já haviam se preocupado, conhecimentos os quais ele simplesmente absorveu. Isso, em última análise, é o que permitiu com que ele concluísse suas

---

255 "*It means that much wasteful duplication of system programming effort will be avoided. This effort can go instead into advancing the state of art.*" Tradução livre: Isto significa que muita duplicação desnecessária de programação será evitada. Os esforços poderão ser voltados em direção ao aprimoramento do estado da arte. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 34.

256 Estas idéias também são analisadas no capítulo 4.1.3.3.

teorias. Portanto, não foi A. Einstein quem desenvolveu sozinho a Teoria da Relatividade Geral, foi A. Einstein ajudado por todos os demais físicos, matemáticos e químicos que antes dele estudaram e desenvolveram a física, ou alguém há de crer que se o mesmo A. Einstein tivesse nascido no Egito Antigo teria, assim mesmo, um dia observado o estado das coisas ao seu redor e pensado a sua teoria?

Isso acontece porque a física, assim como o software, é conhecimento e todo conhecimento humano cresce exponencialmente quando tem por correlato um processo de comunicação verbal. Esta é a diferença básica entre o conhecimento humano e o conhecimento animal: a comunicação. Se cada ser humano precisasse ao longo de sua vida desenvolver sozinho todos os seus conhecimentos, ou dependesse tão somente de um processo de comunicação de conhecimentos não-verbal, os humanos seriam semelhantes aos animais.

Isso porque nenhum indivíduo é capaz de sozinho, ao longo de sua vida, desenvolver todas as idéias necessárias a qualquer grande desenvolvimento. É possível que alguém sozinho pense o conceito de uma roda e a construa, mas não é possível que alguém sozinho pense todas as idéias necessárias ao conceito de um software e desenvolva-o sozinho (para isso precisaria descobrir até mesmo a energia elétrica). Isto somente seria possível se um indivíduo vivesse milênios aos invés de décadas.

Por sorte, o ser humano é capaz de comunicar-se verbalmente com seus pares e de fixar suas idéias em objetos exteriores que a ele sobreviverão. Também por sorte os indivíduos continuam sempre nascendo, o que torna a sociedade mais longeva do que o indivíduo e faz com que aquele seu conhecimento comunicado à sociedade nela ecoe por muitos e muitos anos, de acordo com sua importância.

Não por acaso a sociedade tem se desenvolvido muito mais rapidamente nos últimos anos quando comparado aos milênios que se passaram. Para que o conhecimento se desenvolva é imperativo que ele seja comunicado e quanto maior for o número de receptores deste conhecimento, maior será o número de cérebros trabalhando-o e desenvolvendo-o. Neste sentido, o grande diferencial da sociedade contemporânea em relação àquelas de outras épocas é que atualmente proliferaram grandemente as formas de fixação e comunicação da informação ao mesmo tempo em que os custos foram praticamente anulados. Desta forma, a transmissão do conhecimento é máxima, ao contrário do que ocorria em outros

tempos[257].

O advento da Internet trouxe-nos uma oportunidade de ouro de fazer circular o conhecimento de forma mundial. Tornou-se acessível, a custos cada vez menores, qualquer informação em qualquer região do globo, o único impediente residindo na existência de uma pluralidade de idiomas.

Somado ao fato de que hoje também as ciências sobre o corpo do homem desenvolveram-se grandemente de forma a ampliar não somente o número de seres humanos sobre a Terra, mas também a qualidade e a quantidade de vida de cada indivíduo e, conseqüentemente, as possibilidades de desenvolvimento de atividades intelectuais (não mais o homem tem de dedicar-se somente as práticas que visem a satisfação de necessidades imediatas), a humanidade pode hoje pensar-se e cada vez mais cérebros podem dedicar-se aos mesmos problemas, o que leva a soluções cada vez mais imediatas para cada um dos problemas que coletivamente enfrentamos.

Destarte, quando se cria um entrave ao compartilhamento de conhecimento, necessariamente está-se a construir artificialmente um bloqueio ao desenvolvimento ótimo da sociedade, já que a maior parte do conhecimento é mantido em segredo e, conseqüentemente, é socialmente perdido. Esta idéia não é, entretanto, inovadora[258]. Não é de surpreender ninguém dizer que quando um desenvolvedor de software mantém fechado o código-fonte de um software ele está bloqueando a sociedade de desenvolver seus conhecimentos e aprimorar a ciência sobre os softwares e está fazendo com que outros tenham o trabalho de desenvolver algo que já se encontra pronto.

Qual então a justificativa para criar-se artificialmente este desperdício uma vez que temos

257 Sobre a evolução das sociedades humanas interessante citar o livro de P. LÉVY, op. cit., nota 233. Ver ainda, capítulo 4.1.4. do presente estudo.

258 Um exemplo muito claro do lugar comum que é a importância de se privilegiar o compartilhamento de conhecimento é a disposição, em nível constitucional, de imunidade tributária dos livros, jornais, periódicos até mesmo do papel destinado à sua impressão (Constituição Federal artigo 150, inciso VI, alínea "d"). Ora, tamanha é a importância pública de que o conhecimento seja disseminado dentro da sociedade que o Estado abriu mão de uma das faculdades mais essenciais ao seu funcionamento, qual seja, o poder de tributar. Estranhamente, contudo, o Estado abre mão da totalidade dos tributos relacionados à difusão de conhecimento (ainda que, em tese, a eventual criação destes tributos tivesse o único intuito de reinvestir as verbas na própria atividade criativa), mas resguarda aos empresários a possibilidade de manter em segredo tudo aquilo que desenvolvem a partir dos conhecimentos adquiridos livremente da sociedade. A incoerência é tanta que chega-se a criminalizar a conduta daqueles que compartilham conhecimento (ver artigo 184 do Código Penal e artigo 12 da Lei do Software). Desta forma, ao Estado é vedado criar qualquer tipo de tributo sobre a disseminação de conhecimento, mas aos cidadão é criminosa a conduta de disseminá-lo. O resultado disso não é outro além de uma situação parasitária dos empresários atuantes no ramo do conhecimento, visto que não pagam impostos e não devolvem à sociedade os resultados de sua atividade sobre o conhecimento social.

superado os entraves naturais ao nosso próprio desenvolvimento? A resposta comumente dada a esta pergunta é que se não houver este bloqueio à profusão de conhecimento dentro da sociedade, apesar de todos terem acesso ao conhecimento, ninguém sentir-se-á motivado a desenvolvê-lo, pois deste trabalho não obterá qualquer recompensa, já que todos os demais poderão dele se aproveitar livremente. Assim, o bloqueio à comunicação é um mal social necessário, o novo Leviatã.

Novamente, o projeto GNU mostra-se como uma forte contestação a esta premissa. O software livre é desenvolvido e programadores empenham-se neste projeto sem que haja qualquer necessidade deste renascido Leviatã da Era da Informação. Se a sociedade é prejudicada por este bloqueio à comunicação do conhecimento e se este prejuízo dá-se sem que haja qualquer necessidade, por que, então, permanece o entrave ao compartilhamento? A alguém este entrave tem de beneficiar, nenhuma regra existe dentro da sociedade sem que exista algum interessado em sua manutenção.

4.1.2.4. A Liberdade de Ofertar

A última das liberdades, a de ofertar, de certa forma é apenas uma decorrência natural da conjugação das liberdades um e dois (alterar e compartilhar), mas é uma decorrência com efeitos práticos importantes e que, por isto, deve permanecer explícita.

Com efeito, se esta liberdade não estivesse explicitamente preservada, poder-se-ia imaginar que fossem preservadas as liberdades da comunidade de alterar softwares e compartilhá-los, mas apenas em um nível inter-individual, ou seja, o diálogo sobre o software jamais poderia visar uma coletividade de interlocutores indeterminados ou indetermináveis. Desta forma, seria vedado a qualquer usuário anunciar e ofertar publicamente suas alterações em determinado software, apenas poderia fazê-lo entre seus conhecidos.

Teoricamente, a restrição pode parecer meramente formal, ou modal, mas as implicações práticas desta forma restrita de exercício das liberdades acima são tremendas.

De imediato, duas conseqüências parecem ter maior destaque. A primeira delas é que, em sendo

vedada a oferta pública das alterações realizadas em softwares, inviabiliza-se e existência de atividade comercial ligada à venda de softwares desenvolvidos coletivamente. Ou seja, após distribuir no mercado um software, o desenvolvedor original manter-se ia em sua posição de mercador monopolista em relação à venda não somente daquele software, mas de quaisquer futuras versões do mesmo, ainda que não tenham sido desenvolvidas por ele. A outra consiste no óbice prático à livre circulação do conhecimento de que tratou-se no subcapítulo anterior, vez que os conhecimentos desenvolvidos a partir da base comum teriam seu alcance restrito às relações particulares daquele que implementou o software original.

Em um mundo ideal, onde todas as pessoas tivessem interesse em programação de softwares e também fossem completamente caridosas a ponto de anunciar imediatamente à totalidade de seus contatos pessoais todas as inovações que realizassem ou tivessem conhecimento, no qual ainda haveria tempo hábil para que toda esta comunicação fossem feita tantas vezes quantas fossem necessárias, a liberdade de ofertar talvez fosse dispensável, já que o conhecimento circularia de forma perfeita, não obstante a forma de propagação.

Todavia, na prática as coisas ocorrem de modo muito distinto. A informação que não pode ser anunciada de forma pública e original tende a dissipar-se e tem seu alcance limitado a grupos restritos, quer seja geograficamente, culturalmente, linguisticamente ou por interesses. Pior. Tais agrupamentos, grande parte das vezes, têm pouco contato entre si, ainda que dediquem-se a problemas semelhantes, o que novamente leva a um desperdício de conhecimento e trabalho. Nesta situação, começam a proliferar diferentes versões de um mesmo software original, cada uma aprimorada em uma certa maneira diferente, mas todas carecendo de algum aperfeiçoamento já obtido pelos similares, ou seja, diversas versões aprimoradas, mas sem que exista sequer o potencial de que alguma delas detenha todos os aprimoramentos.

Nesta hipótese, mantendo-se a restrição à oferta pública, uma solução parece ser possível: todos os programadores devem recorrer ao desenvolvedor original para que este reúna todas as alterações de que tiver conhecimento e faça uso de sua liberdade de distribuir publicamente a versão unificada. Esta solução, contudo, encontra diversos entraves.

O primeiro defeito desta solução tem a ver com uma de suas premissas pressupostas, a qual jamais será verdadeira. Pressupõe-se que todos os programadores que implementarem algum tipo de inovação ao software original terão o interesse em comunicá-la ao desenvolvedor original. Impossível acreditar que tão premissa concretize-se. Existe uma infinidade de razões pelas quais um programador pode negar-se a compartilhar sua inovação e não passa de ficção imaginar que nenhuma delas irá ocorrer a nenhum dos programadores.

Outro problema tem a ver com as limitações práticas do desenvolvedor original. Com efeito, o desenvolvedor trabalha com limitação de tempo, capital e pessoal, de modo que, dependendo da popularidade de determinado software, tornar-se-ia inviável que o desenvolvedor desse conta de analisar todas as inovações que lhe fossem comunicadas, o que inevitavelmente geraria desperdício, além de o impedir de dedicar-se às suas próprias inovações.

Ainda, o desenvolvedor passaria a deter um poder de discricionariedade a respeito de quais inovações implementaria[259] ao software comunicado publicamente. Mesmo que fosse verdadeira a suposição de que o desenvolvedor jamais utilizaria tal poder de forma abusiva ou contrária aos interesses da coletividade, ou seja, que em sua discricionariedade utilizaria como critério tão somente critérios objetivos da razão (conveniência, utilidade, praticidade, etc.), ainda assim seu julgamento nem sempre seria correto, o que tornaria a comunidade sujeita a uma pluralidade de prováveis imperfeições plenamente evitáveis[260].

Por fim, isto resultaria em um acréscimo do já absoluto poder monopolístico detido pelo desenvolvedor original, perdoado o aparente paradoxo. Unem-se, aqui, os dois problemas acima destacados. Com efeito, o desenvolvedor original estaria protegido mesmo de uma eventual concorrência, já que a todos os demais é vedada a oferta pública de software. Por outro lado, tal desenvolvedor teria ainda seus custos em desenvolvimento, inovação e produção reduzidos praticamente zero, já que a comunidade realizaria, por ele, esta tarefa, reservando-se, contudo, somente a ele os lucros.

---

259 Aqui pensa-se na situação em que o desenvolvedor tivesse que decidir entre dois diferentes algorítimos que implementassem a mesma tarefa, já que, a princípio, somente estes implicariam uma escolha excludente em relação aos demais.

260 Ver também os capítulos 4.1.3.7. e 4.2.

Saliente-se que o monopólio sobre o uso do conhecimento em si já é de categoria privilegiada em relação a outras formas de monopólio de mercado, decorrência do fato de que o conhecimento é um bem não-rival. Sendo assim, ainda que o conhecimento não seja produzido de forma cooperativa com a comunidade[261], a não-rivalidade do conhecimento produzido faz com que o seu criador possa continuar lucrando por tempo indeterminado sem qualquer ônus adicional, tal como ocorreria com outros bens de consumo, como um sapato, que para ser vendido deve ser constantemente produzido. Neste sentido é que o conhecimento é o produto ideal pela ótica individual do empresário, na mesma medida em que causa um grande malefício à sociedade a restrição ao seu acesso[262].

Resolve-se, assim, o aparente paradoxo acima. O monopólio é um poder absoluto sobre a definição do preço de um produto, obtido a partir de uma posição privilegiada de exclusividade em sua produção e comercialização. O acréscimo a este poder dá-se na medida em que ele passa a ser exercido não obstante a produção seja feita por terceiros, comunitariamente. A exclusividade de produção no monopólio pode ser encarada como um ônus inerente ao privilégio de comercialização, vez que o monopolista apenas poderá lucrar com a venda daquilo que efetivamente produzir. Nesse sentido, na situação apresentada, o monopolista veria removida a faceta do ônus da produção e manter-se-ia como único titular do privilégio de comercialização, por isso veria um aumento qualitativo do seu já absoluto poder sobre o mercado[263].

A liberdade de ofertar softwares resolveria todos estes problemas. Verdade que não de forma ideal, já que a comunicação ainda não seria perfeita, todavia o ideal é sempre inalcançável e o melhor que se pode fazer é buscar as alternativas práticas menos imperfeitas.

A liberdade de oferta pública de conhecimento cataliza a propagação da informação difundida no seio social, de forma que os desperdícios seriam grandemente reduzidos, em comparação a uma

---

261 Fato que também não passa de uma ficção, como discutido nos capítulos 4.1.2.3., 4.1.3.1. e 4.1.3.3.

262 "*From the point of view of individual profit making, knowledge is the ideal object of propertization since it is non-rivalrous in supply. The same knowledge can be endlessly recycled to many generations of consumers, each new generation having to pay for its use.*" Tradução livre: Do ponto de vista do lucro individual, o conhecimento é objeto ideal à apropriação, vez que ele é não-rival em suprimento. O mesmo conhecimento pode ser eternamente reciclado a muitas gerações de consumidores, cada uma delas devendo pagar pelo seu uso. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 216.

263 Sendo esta uma dentre as possíveis razões para que um programador sinta-se desincentivado à compartilhar suas inovações.

realidade onde esta oferta fosse restrita a um único sujeito. Isto aconteceria, pois o acesso à informação tornar-se-ia o mais próximo possível do ideal e qualquer usuário teria potencialmente acesso a todas as implementações existentes em um determinado software, sem que fosse necessária qualquer dependência ou favor a um único indivíduo.

Note-se que, nesta realidade, seria dispensável que uma versão de software unificasse todas as implementações, vez que a partir de qualquer uma delas, mais adequada aos seus interesses particulares, um usuário poderia buscar nas demais versões outras alterações, modificações e algorítimos que lhe fossem convenientes. Ninguém teria o software perfeito (que também não existe), mas a cada um seria possível construir o software mais adequado às suas particularidades.

Por fim, deve permanecer claro que as liberdades de que aqui tratou-se não têm relação com dinheiro. Destarte, a liberdade de ofertar software não implica quaisquer condições econômicas, as quais ficam a cargo do ofertante, ou seja, a oferta pode ser a qualquer custo, até mesmo o custo zero.

A partir desta assertiva levantam-se diversas críticas ao desenvolvimento cooperativo de software, vez que ele parece sugerir a conclusão imediata de que o desenvolvedor original ficará em posição desfavorável face aos seus concorrentes que poderão ofertar um software que não tiveram custo algum em produzir. Assim, a concorrência tenderia a tornar-se predatória, já que poderia até mesmo ofertar o software a preços abaixo daquele limítrofe ao desenvolvedor original, o qual precisa recuperar ao menos o capital investido no desenvolvimento do software.

Pode-se até mesmo sugerir que isto, em última análise, inviabilizaria qualquer atividade comercial no ramo de software, já que nenhum empresário sentir-se ia incentivado a investir no desenvolvimento de um produto que posteriormente (após a venda do primeiro exemplar) poderia ser adquirido pelos consumidores gratuitamente. Neste sentido, não haveria nem o desenvolvedor original e nem a concorrência, resultando na completa estagnação do setor.

Sobre estas e outras críticas é que se debruçará o capítulo seguinte, em que serão destrinchados e sopesados os argumentos a favor de um ou de outro modelo.

4.1.3. Software Livre *versus* Software Proprietário: Argumentos

A despeito do título dado a este subcapítulo, não se pretende concentrar aqui todos os argumentos que sustentam a adoção de cada um dos modelos confrontados. Antes, todo este trabalho é dedicado a esta tarefa e os argumentos permeiam cada uma de suas páginas, sem jamais pretenderem-se exaustivos a respeito do assunto. Neste sentido, as páginas que se seguem têm por objetivo somente concentrar os principais argumentos geralmente levantados a respeito do assunto ainda não tratados neste estudo, abordando-os de forma detida e explicitando suas eventuais falhas.

4.1.3.1. Software Livre *versus* Lucro

Já foi acima elucidado que o vocábulo livre que vem qualificar o software fruto do desenvolvimento cooperativo relaciona-se diretamente com o conceito de liberdade e nada tem em comum com o que se chama de gratuidade[264].

Contudo, como visto ao final do capítulo 4.1.2., parece haver um entrave lógico à realização de atividade empresarial lucrativa a partir do desenvolvimento cooperativo de software, vez que não seria possível a um empresário recuperar seus custos com o desenvolvimento de software se, após a divulgação dos primeiros exemplares, todos os consumidores e usuários tornassem-se automaticamente concorrentes potenciais do desenvolvedor primário, os quais não arcaram com os mesmos custos no desenvolvimento do software. A situação parece ser ainda mais delicada no cenário atual em que as tecnologias de compartilhamento de informações através da internet alcançaram um patamar estonteante e possibilitam a ampla oferta de um software na rede a custos muito reduzidos.

Desta forma, como seria possível ao desenvolvedor primário do software sobreviver em um mercado onde os seus concorrentes são seus próprios consumidores e onde estes consumidores não necessitam de nada além dos seus próprios computadores pessoais e uma conexão com a internet para

264 Ver capítulo 4.1.2.

atuarem no mercado? Tudo indica que este desenvolvedor primário jamais conseguiria recuperar o investimento inicial no desenvolvimento do software, de modo que se sentiria inibido de entrar neste mercado, o que causaria a estagnação do setor[265].

A realidade, contudo, mostra o contrário. Como apontado no capítulo 4.1.2., atualmente existem muitas empresas comercializando softwares desenvolvidos cooperativamente e disponibilizando o seu código-fonte à toda a comunidade de usuários. Mais do que isto, a Free Software Foundation tem a sua maior fonte de recursos da venda de softwares livres e não das doações como seria de se esperar. Todavia, o empirismo não é a única forma de contestar este argumento.

Este parece ser o ponto nevrálgico de toda a crítica feita ao software livre. Contudo, como em muitas outras oportunidades, o raciocínio tem seus alicerces em dogmas inseguros e nos conduz a conclusões precipitadas.

A primeira falácia em que se sustenta tal argumento diz respeito ao modo de obtenção do lucro no ramo do software. Parte-se da premissa de que a única forma possível de sustentar uma atividade empresarial lucrativa com o desenvolvimento de software é através de sua venda ou licenciamento. Isto, contudo, está muito distante da realidade. Outros exemplos de atividade lucrativa nesta área são a assistência técnica ao usuário, a oferta de serviços de adaptação e modificação do software, serviços de pesquisa e consultoria de plataformas, bem como treinamento e capacitação de pessoal[266]. Ainda que se admita que a concorrência com os próprios consumidores indique que não será possível licenciar o software a um preço que recupere os custos do seu desenvolvimento, o licenciamento oneroso não é de forma alguma a única fonte de renda de uma empresa desenvolvedora de software.

---

265 "*Efficiency in the case of intellectual property rights is generally thought to involve a balance between rules of appropriation and rules of diffusion. Overly strong intellectual property protection leads to the problem of excessive monopoly costs of intellectual property rights, whereas weak protection leads to the problem of excessive free-riding and therefore under-investment in innovation.*" Tradução livre: A eficiência no caso dos direitos de propriedade intelectual é geralmente entendida como um balanço entre as regras de apropriação e as de difusão. Regras por demais rígidas de apropriação elevam sobremaneira os custos monopolísticos da propriedade intelectual, ao passo que regras muito permissivas levam ao descontrole e, portanto, ao sub-investimento em inovação. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.13.

266 "Alguns estudos ressaltam o papel sempre crescente do software livre nas empresas desenvolvedoras de software nos últimos anos. Tais análises demonstram que um exército de programadores passou a ser auxiliado por empresas privadas que enxergam no software livre um negócio lucrativo, vez que é possível cobrar pelo suporte e pelo treinamento. Os programadores podem também vender a mão-de-obra para quem quiser criar soluções específicas." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 42.

Ocorre que os softwares não são bens de consumo simples de usar e de aproveitar seu potencial. Na realidade, a maior parte das pessoas tem grandes dificuldades em lidar com a lógica destes softwares e é incapaz de utilizá-los de forma satisfatória. Sendo assim, ainda que cada usuário tenha meios de adquirir o software de forma gratuita, por meio de ofertas de outros usuários, nem todos serão capazes de utilizá-lo sem o auxílio de terceiros. Ocorre ainda que a empresa que desenvolveu o software original é a possuidora da totalidade dos conhecimentos existentes a respeito do seu funcionamento e operabilidade, de forma que a ela será muito simples ofertar serviços de suporte ao usuário, sem que isto implique qualquer custo adicional (exceção feita ao chamado custo de oportunidade).

Mais ainda, todo software apresenta sempre incompatibilidades com suportes físicos ou com outros softwares existentes na máquina e resolver os problemas advindos aos usuários a partir destas incompatibilidades é tarefa que exige um conhecimento profundo do software específico e de programação em geral, o que, novamente, a empresa que desenvolveu o software tem à disposição sem qualquer custo adicional.

Em se tratando do ambiente empresarial, dois outros serviços são muito comuns, quais sejam, o de treinamento e capacitação de pessoal e o de adaptação do software original às necessidades concretas de uma empresa específica. Neste sentido, qualquer empresa que necessite de um dado software provavelmente carecerá de alguém com perícia no funcionamento do software para treinar seus funcionários em seu modo de operação, bem como é muito provável que sinta a necessidade de pequenos ajustes, os quais, se realizados de forma incalculada podem levar ao colapso de todo o software (os chamados "*bugs*"). O mais lógico é que a empresa que primariamente desenvolveu o software seja aquela mais adequada e confiável para ofertar este tipo de serviço.

Destarte, pode-se até mesmo dizer que a empresa que originalmente desenvolveu o software poderá estipular algum preço pela venda ou licenciamento de seus softwares, garantindo, àqueles que com ela contratarem, um rol mínimo de serviços gratuitos ou com preços privilegiados e ofertar onerosamente todos estes serviços de forma ampla e irrestrita a todos que deles necessitarem, e que muitos consumidores preferirão arcar com estes custos à adquirirem uma cópia gratuita sem quaisquer auxílios.

A grande diferença neste sistema é que esta empresa estará impossibilitada de exercer preços extravagantes, pela contínua possibilidade de entrada de concorrentes que ofertem os mesmos serviços. Ou seja, diferentemente do que ocorre no sistema empresarial, uma empresa que em um ímpeto de avareza cobre preços desproporcionais pela prestação de dados serviços possivelmente atrairá para o mercado concorrentes que os realizem a custos reduzidos. É o já conhecido e elogiado efeito da livre iniciativa e concorrência, as quais não por acaso encontram-se resguardadas constitucionalmente[267]. Impede-se, portanto, o lucro monopolista, mas não o lucro em si.

Em todo caso, este próprio argumento, ao rebater a idéia da impossibilidade de retorno financeiro pela venda de software, coaduna com uma impropriedade mais profunda, a qual diz respeito simultaneamente à noção de desenvolvedor original ou primário e à dimensão do seu custo primário de desenvolvimento.

O desenvolvimento de software, seja ele cooperativo ou empresarial-proprietário, ocorre segundo um processo semelhante a um diálogo lento e evolutivo, não através de abruptos saltos tecnológicos desvinculados do chamado estado da arte[268]. Desta forma, a idéia de um desenvolvedor original não passa de uma ficção. Ainda que exista algo como a primeira versão de um novo software, a realidade é que aquele software não é integralmente novo, mas apenas um rearranjo de muitas informações e idéias provenientes de outros softwares, de modo que em sua quase totalidade este software não poderá ser chamado de novo no sentido próprio do termo[269].

Se não existe um software que seja inteiramente novo, também não existe um programador que seja integralmente o criador ou o desenvolvedor original daquele software. Assim, ainda que R. STALLMAN seja conhecido como o criador do sistema operacional GNU/Linux, a realidade é que, ainda que ele tivesse escrito o seu código-fonte sozinho (o que é falso), ele não seria de fato o único genitor do sistema, vez que grande parte dos algorítimos usados não foram primordialmente por ele criados.

Sendo assim, o custo que se imagina existir no desenvolvimento de softwares de forma alguma é arcado isoladamente por um agente, um desenvolvedor original. Em não sendo este custo arcado de

267 Artigo 1°, inciso IV; artigo 170 *caput*, inciso IV e parágrafo único.

268 Como analisados nos capítulos 4.1.2.3 e 4.1.3.3.

269 Deve ser entendido no sentido de "forma, estrutura ou aparência modificada em relação à anterior", não como aquilo que "apareceu pela primeira vez, que não tinha sido pensado ou concretizado." In HOUAISS, op. cit., nota 6, p. 2032.

forma individual e não sendo o software fruto do labor intelectual de um único programador, não há coerência em que a um único indivíduo sejam atribuídos privilégios monopolistas de exploração econômica, em detrimento de um prejuízo grande da comunidade, a grande responsável em tornar possível a criação daquele software específico.

Em última análise o que se quer aqui é desmistificar as figuras do programador e do usuário como contrapostas. Usualmente entende-se que os programadores e os usuários encontram-se dispostos de forma semelhante aos produtores e consumidores[270], em uma relação de oposição. Programadores desenvolvem softwares e usuários os utilizam do mesmo modo que produtores produzem produtos para que os consumidores os consumam, todos exercendo papéis determinados e estanques. O modelo empresarial de desenvolvimento de software incentiva esta aproximação.

Todavia, a realidade é que os programadores são os maiores usuários de softwares, os maiores interessados em seu desenvolvimento e todo usuário é um programador em potencial. O que o sistema de desenvolvimento cooperativo faz é diluir ainda mais estes conceitos. A situação ideal, sob a ótica exclusiva do desenvolvimento de software, seria aquela em que os conceitos de programador e usuário identificam-se plenamente, de forma que todos os usuários sejam de fato, não apenas potencialmente, programadores. Isto evidentemente não é possível e nem desejável segundo a ótica mais ampla da sociedade.

Assim, não há que se falar também em um conflito entre programadores e usuários, em que os primeiros são criadores e os últimos meros copistas e usurpadores do trabalho alheio. Isto porque os programadores são os maiores copistas e usurpadores de códigos alheios, pois é somente através da cópia que tais indivíduos conseguem exercer sua atividade de desenvolvimento de softwares. A cópia, que segundo os privilégios exclusivos garantidos em lei, são formas de violação de direitos cujo desrespeito pode até mesmo configurar ilícito penal, em verdade é a forma básica de aprendizado e evolução do ser humano[271].

---

270 Com a estranha diferença de que entende-se que os consumidores são o pólo hipossuficiente na relação de consumo, sendo-lhes necessário o amparo do Estado através de leis como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) para defender-lhes dos abusos dos produtores, ao passo que os programadores são entendidos como o pólo hipossuficiente na relação com os usuários de software, sendo-lhes necessária a intervenção Estatal através da Lei de Software e da Lei de Direitos Autorais para proteger-lhes dos abusos dos usuários.

271 "*Copying and imitation are central to our process of learning and the acquisition of skills. As children we copy the*

Desde a infância, um dos grandes meios de relação do ser humano com o mundo é a imitação[272]. A criança aprende a falar, a andar, a sorrir e a gesticular através da mímica do comportamento de seus pais. Este processo acompanha o ser humano ao longo de toda a vida: desde a escrita, passando pela matemática e até o método discursivo tudo o que aprendemos é feito a partir da nossa tentativa de copiar aqueles com quem nos relacionamos. Entretanto, curiosamente, quando se trata das obras intelectuais a atividade de cópia é severamente inibida e mal-vista. A diferença no tratamento muito possivelmente reside no fato de que ninguém descobriu ainda um modo de lucrar com o franzir sobrancelhas, o dar com os ombros ou levantar o polegar.

4.1.3.2. A Questão do Incentivo

Um dos principais argumentos recorrentemente utilizados para sustentar quaisquer regimes de propriedade intelectual, dentre os quais o regime do software aqui em espécie analisado, é aquele atinente ao incentivo econômico ao exercício de uma atividade[273]. Segundo este argumento, haverá mais pessoas dedicando-se a uma mesma atividade se grandes forem os retornos financeiros possibilitados pelo seu exercício. Parece também inconteste que o Estado deve preocupar-se em incentivar economicamente aquelas atividades que entende serem de importância fulcral ao aumento do bem estar

---

artwork of others and imitate our sporting heroes. Copying and learning never leave us, and without it a lot of socially valuable information would never be transmitted or learned. The creator of information is also always the borrower of ideas and information from others." Tradução livre: A cópia e a imitação são centrais em nosso processo de aprendizado e aquisição de habilidades. Enquanto crianças, nós copiamos as obras de arte de outros e imitamos os nossos ídolos no esporte. Copiar e aprender jamais nos deixam e sem elas muita informação socialmente valiosa jamais teria sido transmitida ou aprendida. O criador de informação é também sempre o mutuário de idéias e informações de outros. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 2.

272 "O homem possui uma faculdade muito valiosa para os propósitos coletivos, mas extremamente nociva para a individuação: a imitação. A psicologia social não pode prescindir da imitação, pois sem ela seriam simplesmente impossíveis as organizações de massa, o Estado e a ordem social. A base da ordem social não é a lei, mas a imitação, este último conceito abarcando também a sugestionalidade, a sugestão e o contágio mental. Podemos constatar diariamente como se usa e abusa do mecanismo da imitação, com o intuito de chegar-se a uma diferenciação pessoal: macaqueia-se alguma personalidade eminente, aluma característica ou atividade marcantes, obtendo-se assim uma diferenciação externa, relativamente ao ambiente circundante." In Jung, Carl Gustav, *Zwei Schriften über Analytsche Psychologie: Die Beziehungen zwischen den Ich und dem Unbewussten*, trad. port. de D. F. da Silva, *O Eu e o Inconsciente*, 19ª Ed., Petrópolis, Vozes, 2006, p. 29.

273 In Davies, William, and Withers Kay, op. cit, nota 27, p. 16.

social. Desta forma, sendo o desenvolvimento de software da mais alta relevância social, cabe ao Estado garantir meios para que o seu desenvolvimento se dê da forma mais ampla possível.

A partir destas assertivas, conclui-se precipitadamente que a única forma que o Estado possui para incentivar economicamente o desenvolvimento de software é a restrição das liberdades sociais de compartilhamento de informações, através da outorga de monopólios intelectuais com duração limitada no tempo, os chamados direitos de propriedade intelectual. Este raciocínio que parece extremamente lógico e imediato, entretanto, contém alguns vícios.

O primeiro deles é que implicitamente admite-se como verdade que restringir o acesso ao conhecimento e ao compartilhamento de informações entre os usuários tem o condão de fazer com que mais pessoas atuem nas áreas de criação. Isto porque, erroneamente assume-se que todas as pessoas terão amplo acesso à atuação neste ramo, bem como terão as prometidas recompensas econômicas do sistema, de modo que basta aumentar a perspectiva de retorno financeiro no ramo para que aumente o número de agentes no desenvolvimento de software.

Esquece-se, contudo, que o software não é uma mercadoria qualquer, que seu desenvolvedor tem plena liberdade de moldar e cuja eficiência depende somente da competência deste. O software é essencialmente destinado à comunicação, tanto inter-usuários como inter-máquinas. Portanto, vital à sua utilidade é que ele seja compatível em larga escala com as mais variadas arquiteturas de hardware, bem como que possua interoperabilidade com outros softwares. Nenhum usuário terá interesse por um software que não possa ser instalado em qualquer tipo de máquina e nem consiga comunicar-se com grande parte dos softwares existentes no mercado.

Assim sendo, é necessário que exista um padrão, o desenvolvimento deve seguir um rumo uniforme na maior escala possível. Desta forma, quando são outorgados privilégios monopolistas de acesso ao conhecimento sobre software ao seu desenvolvedor, o mais provável é que um ou dois desenvolvedores dominem o mercado de forma absoluta, visto que um certo tipo de software padrão é necessário e somente um agente estará autorizado a desenvolvê-lo[274].

274 "*Once DOS became the standard in the PC industry copyright allowed Gates to maintain it as a proprietary standard. He was able to develop a pricing strategy based on use without ever parting with its ownership. (...) IBM's claim that copyright applied to computer software was designed to prevent competitors being able to obtain interface information that would allow them to develop IBM-compatible programs. Having set the industry standard through its dominance, IBM*

Cria-se a idéia de que qualquer um com competência conseguirá desenvolver softwares de qualidade e lucrar com a sua empresa. Todavia, a empresa cujo software primeiro alcançar o status de padrão de mercado dificilmente perderá parcelas de mercado para estes pequenos investidores[275], vez que ela é quem determina quais serão os caminhos que seguirá o desenvolvimento de software[276], independentemente de qualquer comprovada superioridade de suas escolhas[277]. Seus pequenos competidores na realidade deverão contentar-se em desenvolver softwares que sejam compatíveis com a plataforma padrão instituída[278].

Em suma, cria-se a oportunidade para um agente com lucros estonteantes, o qual exerce seu poder dentro do mercado para manter seu monopólio, ao contrário da imaginada avalancha de agentes[279].

Por sua vez, quando não há a restrição das liberdades sociais de acesso ao conhecimento e desenvolvimento de software, não obstante exista uma plataforma padrão, qualquer agente interessado,

---

now wanted to use copyright to exclude others from competing under the standard." Tradução livre: Uma tendo o DOS se tornado o padrão na indústria dos computadores pessoais, os direitos autorais permitiram a Bill Gates mantê-lo como um padrão proprietário. Ele foi então capaz de desenvolver uma estratégia de preços baseada no uso, sem jamais compartilhar a sua propriedade. (...) A alegação da IBM de que os direitos autorais aplicavam-se também aos softwares foi desenvolvida com o fim de impedir com que os competidores fossem capazes de obter informações a respeito de suas interfaces, o que os tornaria capazes de desenvolver programas compatíveis com os da IBM. Tendo estabelecido o padrão de mercado através de seu domínio, a IBM agora queria usar os direitos autorais para excluir os demais da competição dentro deste padrão. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 59 e 171.

275 "Praticamente 97% do mercado de software mundial hoje é dominado pela Microsoft, um fato sem precedentes na história das tecnologias de informática." Guesser, Adalto H., op. cit., nota XX, p. 38.

276 "De fato não é necessariamente o melhor produto que se estabelece; ao invés disso, é o produto, teoria ou tecnologia que se estabelece que se torna o melhor, não apenas porque é o 'vencedor', mas porque ele irá se beneficiar de investimentos crescentes de todas as partes envolvidas." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 68.

277 Sobre o modo de escolha das empresas, ver capítulo 4.1.3.7.

278 Note-se que não é apenas no ramo do desenvolvimento de software que este efeito nefasto do sistema de direitos de propriedade intelectual ocorre: "*In short, intellectual property rights deliver rewards to a comparatively small number of star artists whose works are pumped through the distribution networks commanded by the likes of News Corporation, Sony, Viacom or AOL Time Warner. For the rest (the majority) they remain largely an empty promise. They deliver little to artists involved in the system of national cultural production.*." Tradução livre: Em suma, os direitos de propriedade intelectual dão recompensas a um número comparativamente pequeno de estrelas, cujos trabalhos são bombardeados através redes de distribuição comandadas por News Corporation, Sony, Viacom, AOL Time Warner ou semelhantes. A todo o resto (a maioria) tais direitos permanecem apenas uma grande promessa vazia. Eles recompensam muito poucos aqueles artistas envolvidos no sistema de produção cultural nacional. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 180.

279 "Ao protegerem seus códigos-fonte, os proprietários de um determinado sistema operacional puderam escolher e determinar quais softwares seriam utilizados sobre aquela plataforma, restringindo outros; isto faz com que os seus clientes sejam obrigados a optar por aqueles softwares que lhes forem mais convenientes. Na maioria dos casos os sistemas operacionais proprietários permitem a utilização de softwares aplicativos apenas quando forem de sua própria produção, excluindo-se, automaticamente, toda a concorrência." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 117.

com baixas somas de capital, pode adentrar o mercado, e baseando-se em sua competência como desenvolvedor terá ou não o retorno financeiro esperado. Isto porque a todos é lícito estudar o software padrão e desenvolvê-lo segundo quaisquer critérios, de forma que aquele que for mais apto a desenvolver o software de maneira eficiente e que vá de encontro com as expectativas dos usuários terá os melhores retornos[280].

Outra premissa inverídica que não se menciona, mas está implícita neste raciocínio, é que ele supõe que somente importa que existam desenvolvedores de software atuando no mercado e os softwares por eles produzidos sejam úteis[281]. Todavia, como vem sendo discutido desde o início deste capítulo 4, existem muitas outras questões importantes implícitas na escolha por um modelo de desenvolvimento de software. Mais ainda, não existe apenas um meio de conseguir que sejam desenvolvidos softwares úteis. Sendo assim, o mais lógico é que estas questões sejam o foco das atenções quando discute-se o problema do modelo de desenvolvimento preferível socialmente[282].

Também admite-se que apenas através do modelo empresarial é que é possível o desenvolvimento de softwares. Se a única solução que se pode imaginar como viável para o incentivo de desenvolvimento de software é a concessão de privilégios monopolistas de atuação no mercado, não se pode estar a imaginar qualquer outro sistema de desenvolvimento que não o empresarial. Contudo, o modelo empresarial não é o único e nem foi o primeiro[283]. Sendo assim, a escolha pela criação de tais privilégios nada mais é do que a opção por um dado modelo. Todavia, em que se baseia tal escolha?

---

280 Como analisado no capítulo 4.1.3.1., o desenvolvimento cooperativo de software não implica a impossibilidade de exercício de atividade lucrativa.

281 Como dito no capítulo 3.3.4.

282 "*When the advocates of toll booths propose them as* merely *a way of raising funds, they distort the choice that is available. Toll booths do raise funds, but they do something else as well: in effect they degrade the road. The toll road is not as good as the free road; giving us more or technically superior roads may not be an improvement if this means substituting toll roads for free roads. (...) To apply the same argument to software development, I will now show that having 'toll booths' for useful software programs costs society dearly: it makes the programs more expensive to construct, more expensive to distribute, and less satisfying and efficient to use.*" - grifos do autor. Tradução livre: Quando os defensores do pedágio os propõem como um simples meio de levantar fundos, eles distorcem as escolhas possíveis. O pedágio de fato arrecada fundos, porém tem também inerente outra conseqüência: eles prejudicam as estradas. A estrada com pedágios não é tão boa quanto a estrada livre; dar-nos mais ou melhores estradas pode não ser uma melhoria se isto implicar a substituição de estradas com pedágio por estradas livres. (...) Usado o mesmo raciocínio para o software, eu irei em seguida demonstrar que ter "pedágios" em softwares úteis é um grande custo social: faz com que o desenvolvimento dos programas torne-se mais oneroso, assim como a sua distribuição, ao mesmo tempo em que menos satisfatórios e eficientes. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 121.

283 Como já dito no início dos capítulos 3 e 4.

Uma conclusão estranha é a de que o Estado somente pode interferir nesta atividade com vistas a incentivá-la economicamente através da criação de tais monopólios. Com efeito, o meio mais comum de atuação interventiva do Estado no domínio econômico sempre foi o tributo. Não parece existir qualquer grande impediente para que ele atue da mesma forma neste ramo, sendo assim, ainda que o modelo escolhido fosse o empresarial, a criação dos monopólios não seria de forma alguma a única forma de criar incentivos econômicos aos agentes no mercado.

Perceba-se que as mais relevantes contribuições culturais do mundo ocidental dificilmente podem ser associadas à existência de privilégios monopolistas como parte da motivação do Estado aos inventores e autores. As grandes obras da ciência, da filosofia e das artes, desde o Mundo Antigo, surgiram não em decorrência da recompensa financeira que os autores e inventores esperavam receber por estas criações, mas como parte de um contexto muito mais complexo e relacionado às realidades culturais e sociais destes indivíduos. Nas palavras de P. DRAHOS e J. BRAITHWAITE :

"*The last few decades of the 18th century and the first few of the 19th was the greatest half-century in the history of music, giving us Mozart, Haydn, Beethoven, Mandelssohn, Schubert, Schumman, Berliotz and Chopin. It was also the era when these composers, especially Beethoven, pushed for the refinement of an italian invention, the piano, to create the greatest instrumental innovation in the history of music. There was no copyright in central Europe during this half-century of the greatest flourishing of musical genius, nor in the next in Italy when Rossini, Donizetti, Belini, Verdi and Puccini, were responsible for the most important period in the history of opera.*

The period from Mozart to Beethoven was also a great era of creativity in literature that gave us Austen, Goethe, Wordsworth, Coleridge, Byron and Hugo, among others At the end of this period came Charles Darwin who reinvented biology after the voyage of the Beagle (1831-1836). We saw the foudation of modern discipline of chemestry at the hands of Lavoisier and Dalton, the foudations laid for industrial revolution through inventions such as James Watt's steam engine, George Stephenson's locomotive, Michael Faraday's first electric motor and indeed one of the foundations of the postindustrial (information) economy through the invention of photography by Louis Daguerre. This was one of the greatest eras of phylosophy: Kant, Hegel, Bentham, Hume, and ironically Adam Smith.

The 20th century, the first in which phylosophers have universally enjoyed the benefits of copyright in their works, has been one of the weakest centuries for phylosophy. The greatest phylosophers of 20th century – Wittgenstein, Russel and perhaps Habermas – are simply not as important as those of 19th, 18th and 17th century or arguably of the last centuries before Christ. What was most important to nurturing the great phylosophers of Ancient Greece and the Enlightenment were the cultures and institutions f scholarship that flourished in those times and places."[284]

O Estado, aliás, geralmente obteve resultados muito mais eficazes no incentivo à produção intelectual quando sua atividade esteve voltada às universidades do que quando preocupou-se em facilitar os ganhos possíveis a algumas poucas mega empresas sedentas por lucros exorbitantes. Ironicamente a prova viva desta verdade encontra-se no atual maior exportador de direitos de propriedade intelectual e, portanto, maior interessado na sua expansão a nível global, os Estados Unidos.

Apesar de comumente haver a propagação de um discurso de que a responsável pela intensa produção cultural e científica estadunidense ser sua grande preocupação com a proteção dos interesses monopolísticos dos empresários do conhecimento, uma investigação mais cuidadosa demonstra que os grandes responsáveis pela intensa produção de cultura e inovação tecnológica nos Estados Unidos foram os investimentos maciços nas universidades, bem como a precoce abertura deste país ao multiculturalismo e ao diálogo cultural intenso e globalizado[285].

---

284 Tradução livre: As últimas décadas do século XVIII e as primeiras do século XIX constituem o meio século mais extraordinário na história da música, o qual nos rendeu Mozart, Haydn, Beethoven, Mandelssohn, Schubert, Schumann, Berlioz, e Chopin. Foi também a época em que estes compositores, em especial Beethoven, pressionaram pelo aprimoramento de um invento italiano, o piano, criando, assim, a maior inovação instrumental na história da música. Não havia direitos autorais na Europa central durante o despertar destes grandes gênios, também não existia na Itália, quando Rossini, Donizetti, Bellini, Verdi e Pucini conduziram o período mais importante na história da ópera.

O período que vai de Mozart a Beethoven foi também um período de grande fecundidade na literatura, o qual nos proporcionou Austen, Gothe, Wordsworth, Coleridge, Byron e Hugo, dentre outros mais. Ao final deste período apareceu Charles Darwin o qual reinventou a biologia após a viagem de *Beagle* (1813 – 1836). Vimos ainda a fundação da disciplina moderna da química, por meio de Lavoisier e Dalton, as fundações que prepararam a Revolução Industrial através de inventos como motor à vapor de James Watt, a locomotiva de George Stephenson, o motor elétrico de Michael Faraday e o começo da economia pós-industrial (da informação) com a invenção da fotografia, por Louis Daguerre. Esta foi uma das grandes eras da filosofia: Kant, Hegel, Bentham, Hume e Adam Smith. O século XX, o primeiro em que os filósofos gozaram universalmente dos benefícios dos direitos autorais sobre suas obras, foi um dos mais fracos na história da filosofia. Os maiores filósofos do século XX – Wittgenstein, Russel e talvez Habermas – são simplesmente menos importantes do que aqueles dos séculos XIX, XVIII ou XVII ou mesmo daqueles que precederam Cristo. O que foi mais importante para fomentar os grandes filósofos da Grécia Antiga e do Iluminismo foram as culturas e instituições educacionais que surgiram nestas épocas e lugares. In op. cit., nota 4, p. 210-11.

285 "*The most fundamental reason for the preeminence of the US as the source of invention in the 20th century is not its*

Desta forma, forçoso concluir que a criação dos monopólios é uma escolha, não uma necessidade. Sendo, pois, uma escolha, o mais razoável é que esta escolha seja feita de modo democrático, com vistas ao melhor resultado comum, não com vistas a enriquecer ainda mais alguns poucos.

Por fim, uma última premissa constante deste raciocínio consiste no julgamento de que o fator econômico é o único, ou ao menos o decisivo, a ser considerado na decisão de qual atividade um indivíduo deseja exercer. Considerando que toda a questão do incentivo econômico baseia-se em um raciocínio inicialmente construído pelos interessados na criação e manutenção dos privilégios monopolistas, não é de causar estranheza que o critério do lucro tenha tamanha relevância a ponto de que nem se cogite a possibilidade de que existam indivíduos interessados em desenvolver softwares independentemente de qualquer expectativa de tornarem-se multimilionários.

Todavia, exceção feita aos empresários, o lucro grande parte das vezes não é o principal objetivo na realização de uma atividade. Isto é particularmente verdade em se tratando de atividades intelectualmente estimulantes[286]. As pessoas em geral sentem uma propensão para criar, pois este é o ato que lhes permite expressar da forma mais pura suas personalidades, suas percepções, seus relacionamentos e entendimentos do mundo. Isso é verdade tanto para as artes, como para o software[287].

---

intellectual property laws. As we have seen in this book, the US was actually one of the latest starters of the capitalist democracies in expanding the scope of intellectual property. A more important fount in 20th century US innovation was the preeminence of its universities. (...) A second, connected, reason for the American century was therefore its early openness to multiculturalism." Tradução livre: A razão fundamental porque os Estados Unidos predominaram no século XX como fonte de invenções não foi sua legislação de propriedade intelectual. Como visto neste livro, os Estados Unidos foram na verdade um dos últimos países democráticos e capitalistas a expandir o escopo da propriedade intelectual. Um fonte mais importante no século XX para a inovação nos Estados Unidos foi a qualidade de suas universidades. (...) Uma segunda razão, ligada a primeira, para o século estadunidense foi sua precoce abertura ao multiculturalismo. In DRAHOS, Peter e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 212.

286 "*There are few if any domains of human creativity where intellectual property rights are the main reason for inventiveness.*" Tradução livre: Existem poucos, se quaisquer, domínios da criatividade humana onde a propriedade intelectual são a razão principal da inventividade. In DRAHOS, Peter e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 210.

287 "*Our short historical discussion also suggests that we should be suspicious of incentive views of creativity. Seeing creativity as a supply-side problem that can be best met by meeting individual demand curves for intellectual property rights is an impoverished account, to say the least, of what motivates people to create. It is unlikely, for example, that those drive to write for a living will become more motivated by the extension of the copyright term from 50 years to 70 years after the death of the author (...)*" Tradução livre: Nossa curta discussão histórica também sugere que nós deveríamos ser cautelosos quanto a visões a respeito do incentivo à criatividade. Perceber a criatividade como um problema de oferta paralela que pode ser melhor alcançado através da satisfação das demandas individuais por direitos de propriedade intelectual é uma visão limitada, no mínimo, daquilo que motiva as pessoas a criar. É improvável, por exemplo, que aqueles que sobrevivem do que escrevem tornar-se-ão mais motivados a escrever se houver uma dilação do prazo de proteção dos direitos

Ainda que para grande parte das pessoas a programação de software tenha um aspecto de uma atividade entediante e exaustiva, existem indivíduos que são por ela fascinados e que a ela dedicam-se de forma quase que incansável, tudo sem qualquer atenção para a possibilidade de lucro com esta atividade. Estes indivíduos programariam ainda que esta atividade lhes exigisse custos econômicos ao invés de proporcionar-lhes rentabilidade[288].

Mais ainda, o provável é que o software desenvolvido com toda esta intensidade emocional seja de qualidade muito superior à daquele que é desenvolvido tão somente com vistas ao lucro. Isto porque o aumento dos lucros não é diretamente proporcional à qualidade do software, mas à habilidade do comerciante de suplantar seus concorrentes no mercado, o que claramente pode ser mais facilmente alcançado por monopólios do que por qualidade técnica superior. Por outro lado, quem programa pelo fascínio que sente no exercício desta atividade necessariamente busca sempre o que os *hackers* chamam de A Coisa Certa ("*The Right Thing*"), o algoritmo perfeito[289]. O modelo empresarial, entretanto, restringe o acesso que estas pessoas poderiam ter ao conhecimento necessário para que trabalhassem da forma mais útil e adequada no desenvolvimento de softwares e o faz sob a alegação de que desta forma estará incentivando a inventividade e criatividade dos desenvolvedores.

---

patrimoniais do autor de 50 para 70 anos após a morte do próprio autor. In Drahos, Peter e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 211.

288 "*Fifteen years ago, there were articles on computer addiction: users were onlining and had hundred-dollar-a-week habits. It was generally understood that people frequently loved programming enough to break up their marriages. Today, it is generally understood that no one would program except for a high rate of pay. People have forgotten what they knew fifteen years ago.*" Tradução livre: Há quinze anos atrás, haviam artigos em revistas falando sobre vício em computadores: os usuários estavam conectando-se e tinha hábitos que lhes custavam cem dólares por semana. Era senso comum que as pessoas normalmente amassem programar a ponto de divorciarem-se por causa disso. Hoje em dia, tornou-se senso comum que ninguém programaria a não ser por um salário muito alto. As pessoas esqueceram-se do que sabiam há quinze anos. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 127.

289 "*The perfect algorithm. You'd have hacked right into the sweet spot, and anyone with half a brain would see that the straight line between two points had been drawn, and there was no sense trying to top it. The Right Thing, Gosper would later explain , 'very specifically meant the unique, correct, elegant solution, the thing that satisfied all the constraints at the same time, which everyone seemed to believe existed for most problems.*'" Tradução livre: O algorítimo perfeito. Você teria hackeado até o alvo certeiro e qualquer um com metade de um cérebro perceberia que a linha reta entre dois pontos havia sido traçada e não haveria qualquer sentido em continuar tentando superá-la. A Coisa Certa, Gosper posteriormente explicaria, "significa a única, correta, solução elegante, aquilo que satisfaz todas as premissas ao mesmo tempo, e que todos pareciam acreditar existir para a maior parte dos problemas." In Levy, Steven, op. cit., nota 119, p. 78.

4.1.3.3. Sobre o Conceito de Autor

A questão torna-se ainda mais complexa quando o conceito de autoria é posto à prova. O conceito de romântico de autoria, que permeia a sociedade ocidental e tem relação direta com os direitos autorais de tradição civilista, tem raízes profundas em uma concepção individualista da sociedade[290].

Com efeito, a idéia do autor, que nos parece tão imediata, implica a imagem de um indivíduo que isoladamente cria algo a partir do uso de suas próprias idéias, inteligência, labor intelectual e características personalísticas[291]. Sendo assim, a criação é sempre um fruto exclusivo da alma, do intelecto do autor, pertencendo, portanto, somente a ele. O ato de criar a princípio nos parece individual e personalíssimo, visto que o instrumento da criação é sempre um indivíduo e não é crível que dois indivíduos criem a mesma coisa ao mesmo tempo de forma isolada. Assim, parece lógico concluir pela relação íntima da criatura com o indivíduo, bem como por sua alteridade com relação a todo o resto[292].

Todavia, esta perspectiva do ato de criação não passa de uma visão reducionista e enviesada do fato[293]. A criação jamais pode ser compreendida sem que se entenda o seu aspecto de comunicação social. Por mais genial que seja um indivíduo, suas idéias e suas contribuições jamais são isoladas de um contexto social[294]. Todas as idéias e criações tem como pano de fundo um contexto histórico e social, bem como têm relação íntima com as idéias com as quais o indivíduo criador teve a oportunidade de

---

290 Ver nota 81 supra.

291 "A invenção resulta do labor intelectual de seu autor, e a atividade inventiva é o exercício da capacidade de criação, da qual a invenção resulta. Portanto, trata-se de algo íntimo, pessoal, imaterial e personalíssimo do autor, que antecede o invento, o produto acabado da invenção. Por resultar também do esforço e capacidade inventiva do autor, é comum confundir-se descoberta com invenção, e, como se trata de matéria relevante distinguir uma e outra no estudo do Direito Industrial, eis que o Estado protege apenas as invenções com a concessão de *privilégios*, seguem abaixo as distinções básicas entre descoberta e invenção." - grifo nosso. In Domingues, Douglas Gabriel, op. cit., nota 11, p. 29.

292 "*The term 'creator' as applied to authors implicitly compares them to a deity ('the creator'). The term is used by publishers to elevate the authors moral stature above that of ordinary people, to justify increased copyright power that publishers can exercise in the name of the authors.*" Tradução livre: O termo "criador" quando usado para significar autores implicitamente os compara a uma divindade ("O Criador"). O termo é utilizado pelos editores para elevar a envergadura moral dos autores acima daquela dos cidadãos comuns, justificando assim o poder que os editores podem exercer em nome deles, autores. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 188. Ver nota 58 supra.

293 Como já visto no capítulo 4.1.2.3.

294 "Saídos do caldo de suas vidas e interesses, longe de suas zonas de competência, separados uns dos outros, os indivíduos 'não têm nada a dizer'." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p. 108.

defrontar-se ao longo de sua vida, com as quais realiza um diálogo[295]. Por mais que existam muitos elementos na criação que expressam a individualidade do autor, a esmagadora maioria deles expressa muito mais o contexto em que este autor se insere e as idéias que ele pôde apreender deste contexto[296].

Mesmo porque não se pode falar em um individualidade desligada do contexto social. Não existe algo como uma individualidade perfeita e pura. O indivíduo molda a sua personalidade a partir das experiências e confrontos com o mundo com o qual se relaciona. Ainda que a sua personalidade não seja determinada exclusivamente pelos eventos com os quais fortuitamente teve contato ao longo de sua vida, não se pode menosprezar a relevância destes na construção da personalidade individual. Assim, as idéias individuais nada mais são do que expressão do contexto social em que vive o autor, com o acréscimo de algumas de suas particularidades. Do que não se pode deixar de concluir que, se houvesse algo como direito natural, à sociedade, não ao indivíduo, é que pertenceriam com maior justeza as chamadas criações intelectuais.

No tocante ao software, em especial, esta crítica faz-se mais contundente. Mais do que em qualquer outra obra intelectual, no código-fonte do software é evidente a disparidade enorme de contribuições individuais e sociais[297]. Como a máquina requer uma lógica perfeita e uniforme, um programador, ao estudar a máquina e programá-la, certamente chegará a a conclusão que o único meio viável de conseguir elaborar softwares de maior complexidade é fazendo uso de código já desenvolvidos por outros programadores para realizar as tarefas que serão necessárias à sua criação, ainda que esta seja inédita. Um software jamais é escrito inteiramente fazendo uso somente de novos códigos, na realidade

---

295 A forma é o jeito mais fácil de perceber esta preponderância do social sobre o individual. Quando um autor decide criar uma nova obra ele invariavelmente o faz segundo os padrões formais socialmente estabelecidos, dentre os quais o idioma é o maior exemplo. Guimarães Rosa, que é considerado um gênio da literatura e ficou conhecido por seus neologismos, criou (ou conferiu significado diverso) não mais do que algumas palavras novas como o seu conhecido "equiparado" para descrever o cavaleiro sentado imóvel em seu cavalo. Todo o restante de sua obra foi criada a partir de um idioma que ele adquiriu do meio em que viveu, bem como suas histórias tiveram relação íntima com o contexto interiorano que o fascinou.

296 Citando B. Latour e M. Callon, A. H. Guesser dz que "(...) a construção da técnica e da ciência é sempre o resultado de uma série de embates estabelecidos por um conjunto de atores (humanos e não-humanos), levando sempre à criação de controvérsias. Isto porque a produção de controvérsias é, em grande medida, construída a partir de divergências entre os atores-rede que se relacionam por meio de fatos e palavras." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 23.

297 Lembrando que o código-fonte nada mais é do que linguagem: "Um artista pode, ao apoderar-se do modo de expressão herdado das gerações precedentes, fazê-lo evoluir. Essa, aliás, é uma das principais funções sociais da arte: participar da invenção contínua das línguas e signos da comunidade. Mas o criador da linguagem é sempre um coletivo." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p. 108.

o que ocorre é somente um rearranjo dos trechos de código previamente conhecidos pelo desenvolvedor. Desta forma, nenhum desenvolvedor é o criador único e solitário do software de modo que o critério de justiça para com o programador não parece perfeitamente adequado para sustentar a concessão de privilégios monopolistas, a questão parece estar mais intimamente relacionada com interesses comerciais puros[298].

4.1.3.4. A Defesa dos Interesses dos Autores e a Questão da Recompensa

Ainda que se admita, contudo, que os autores e criadores de obras intelectuais mesmo assim merecem alguma recompensa econômica pela obra que criaram, não obstante seus direitos encontrem-se subordinados aos interesses sociais, visto que sociais são as criações, não parece ser correta a abordagem comumente feita sob a bandeira da defesa dos interesses autorais[299].

Parece muito justo que a sociedade busque uma forma de incentivar e recompensar aqueles que se dedicam a aumentar o patrimônio de conhecimento social, todavia, isto de forma alguma parece implicar a existência e muito menos a ampliação e extensão dos privilégios monopolistas sobre as criações intelectuais. Os chamados direitos morais dos autores são exemplos de incentivo à criação

---

298 "*Software programs are made up of lots of file routines borrowed from previous programs written by a previous generation of programmers. Bill Gates did not write DOS. Here we come to a fundamental problem in intellectual property law. Because intellectual property relates to information and knowledge is built up over time by many people, it is hard to work out just what any given individual is truly responsible for. Ideas are triggered by related ones. All ideas have fuzzy boundaries. Working out where the fences of intellectual property ownership should go is very difficult. In the world of commerce it is legal muscle more than moral entitlement that determines de fence line.*" Tradução livre: Os softwares são constituídos de uma grande quantidade de rotinas emprestadas de outros programas, escritos pela geração anterior de programadores. Bill Gates não escreveu o DOS. Aqui entramos em um problema fundamental da propriedade intelectual. Porque a propriedade intelectual tem por objeto a informação e o conhecimento é construídos ao longo do tempo por muitas pessoas é muito difícil de descobrir exatamente pelo que um determinado indivíduo é verdadeiramente responsável. Idéias são desencadeadas por outras similares. Todas elas têm fronteiras nebulosas. Descobrir onde as cercas da propriedade intelectual deveriam ser colocadas é muito problemático. No mundo do comércio é a força, mais do que justeza moral, que determina o traçado da cerca. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 26.

299 "*Patent law, like copyright, is sometimes justified by an appeal to the natural rights of the creators. What the historical record shows though is that right from the beginning a ruthless trade morality drove the development and use of patents.*" Tradução livre: As lei de patentes, do mesmo modo que as de direito autoral, são muitas vezes justificadas através de um apelo aos direitos naturais dos criadores. O que os dados históricos nos mostram, entretanto, é que desde o começo um moralidade comercial inescrupulosa é que dirigiu o desenvolvimento e aprimoramento do uso das patentes. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p.35.

intelectual que não ferem sob qualquer forma o bem estar social.

Por que, então, são estes direitos largamente ignorados nas discussões a respeito dos direitos de propriedade intelectual em âmbito global ao passo que os privilégios monopolistas de exclusividade de exploração são a todo momento aumentados e rediscutidos? A resposta parece ser óbvia e tem relação com o caráter empresarial e monopolístico destes direitos.

Os direitos de propriedade intelectual que usualmente são defendidos com base em uma pretensa necessidade de assegurar retornos financeiros aos criadores de obras intelectuais, na realidade são apenas um modo de manter os privilégios econômicos que em tempos distantes eram abertamente chamados de privilégios comerciais[300]. Não são os autores de obras intelectuais os verdadeiros beneficiários deste modo de proteção que, mas sim as empresas que agregam um grande número destes direitos adquiridos dos criadores originais a um baixo custo. Por sua vez, os direitos morais do autor não interessam aos empresários[301]. Em verdade, tais direitos têm no máximo o condão de limitar as possibilidades de uso pleno de seus privilégios de exclusividade[302].

Mais ainda, qual é o interesse tão grande que um autor ou criador de obra intelectual teria em restringir a divulgação de sua obra? Os privilégios monopolistas, também chamados de direitos patrimoniais do autor, nada mais são do que um entrave à mais ampla circulação da obra, visto que para ter acesso a ela um indivíduo necessariamente deverá arcar com o custo, geralmente alto, da licença.

Não parece plausível a idéia de que o autor de uma obra intelectual tenha grande interesse em que ela seja conhecida e estudada apenas por um pequeno número pessoas. A cópia de uma obra, que a ideologia da propriedade intelectual quer taxar como ofensa grave, a ponto de até mesmo criminalizá-la, parece assemelhar-se muito mais com um reconhecimento da importância e da qualidade da obra do que com uma ofensa a ela[303]. Somando-se a isto o fato de que o grosso do lucro da exploração econômica da

---

300 Como elucidado no capítulo 2.

301 Interessante notar que a nossa Lei do Software expressamente nega aos programadores e desenvolvedores de software os direitos morais (art. 2°, parágrafo 1° da lei).

302 "*The right of integrity might give an author rights in the film editing process. Control over commercial exploitation is no longer total. Thus when it came to moral rights in TRIPS, the MPA successfully opposed their recognition.*." Tradução livre: O direito à integridade da obra pode dar ao autor direitos sobre o processo de edição de um filme. O controle sobre a exploração comercial deixa de ser total. Assim, naquilo que concerne os direitos morais dos autores no TRIPS, a MPA opôs-se com sucesso ao seu reconhecimento. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 176.

303 "*Copying was regarded as a sincere form of flattery, something that should gladden authors rather than anger them*

obra fica com o empresário e não com o criador, não parece haver qualquer lógica em supor que é do mais alto interesse do autor que sejam ampliados tais direitos de exclusividade.

A incoerência do discurso com os objetivos torna-se evidente quando se percebe que os privilégios econômicos não somente são os únicos perseguidos com afinco em nome dos autores, mas também são perseguidos de forma indistinta para as obras já concebidas e as ainda inexistentes. A faceta monopolista dos direitos de propriedade intelectual é justificada como um meio de incentivar a criatividade dos autores[304]. Todavia, escapa completamente à lógica a afirmação de que a extensão dos privilégios monopolistas sobre obras existentes serve como incentivo à criatividade dos seus autores, a não ser que se acredite em um tempo não linear ou em autores capazes de viajar no tempo[305].

Já é difícil conceber que um indivíduo sinta sua disposição criativa influenciada pela noção de que terá privilégio de exploração econômica durante setenta anos após a sua própria morte[306] ou que tal disposição será substancialmente influenciada se a lei for alterada para prorrogar este prazo por outros vinte anos[307]. Contudo, imaginar que Machado de Assis terá sua disposição criativa aumentada pelo advento de uma nova lei de direitos autorais que reconheça os privilégios econômicos de exploração da sua obra são direitos reais sem limitação no tempo e passíveis de sucessão é, no mínimo, absurdo. O Memorial de Aires já foi escrito e é obra acabada. A dilação no prazo de exploração econômica exclusiva desta obra não terá qualquer efeito sobre a sua qualidade. O único efeito possível é manter

---

(...) Copying within Korean culture was a compliment to the author." Tradução livre: A cópia era entendida como uma forma sincera de bajulação, algo que deveria deixar os autores orgulhosos ao invés de irados (...) A cópia na cultura coreana era um tributo ao autor. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 20 e 103.

304 Fato que já foi criticado acima no capítulo 4.1.3.2.

305 "*Under an economic conception of copyright, which seeks to minimize the social costs of monopolies, there can be no justification for extending the term of copyright protection of works already in existence. Under financier's copyright private informational assets must never enter the public domain where they can be subject of market competition.*" Tradução livre: Em uma concepção econômica do direito autoral, a qual procura minimizar os custos sociais dos monopólios, não pode haver nenhuma justificação à extensão do prazo de proteção das obras já existentes. Em uma concepção financeira do direito autoral, as informações-bens jamais deverão cair em domínio público, onde elas podem ser objeto de competição de mercado. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 177.

306 Artigo 41 da Lei de Direitos Autorais.

307 Especificamente quanto ao software, é curioso imaginar que os programadores ou as empresas somente sintam-se devidamente recompensados ou incentivados a produzir novos softwares se o prazo de proteção a eles outorgado for da ordem de décadas (cinqüenta anos segundo o artigo 2°, parágrafo 2° da nossa Lei de Software), se considerarmos que a substituição tecnológica em matéria de software dá-se em questão de dois ou três anos. Um software com décadas de existência não desperta interesse outro que não o arqueológico. Os softwares de trinta ou mesmo vinte anos atrás já não são sequer compatíveis com a arquitetura de hardware dos equipamentos hoje disponíveis no mercado. Suas funcionalidades já não atendem os anseios mais básicos dos usuários atuais.

endinheirado, sem qualquer esforço, o editor que detiver o direito de exclusividade de exploração das obras.

Percebe-se, na realidade, que tais direitos conduzem a uma situação de desincentivo à diversidade criativa dentro do mercado, ao invés de catalizá-la. Considerando que existe um dado número de agentes atuando no mercado, todos possuidores de um rol de monopólios sobre obras clássicas que lhes garantem uma sempre renovada renda, o mais provável é que estes agentes busquem, através de seus monopólios, o ponto ótimo de lucratividade, no qual o mercado necessariamente estará insuficientemente abastecido com tais obras, mas o retorno financeiro das vendas será máximo, pois o preço também será máximo. Mais ainda, toda obra nova nada mais representa do que um custo de oportunidade de alto risco, vez que não há como ter certeza que uma obra será suficientemente procurada para que o monopólio possa ser exercido em sua plenitude.

A situação é semelhante em se tratando do desenvolvimento de softwares. Existindo privilégios de exploração econômica dos softwares desenvolvidos e sendo a programação uma atividade essencialmente colaborativa, a tendência é que o lucro concentre-se nas mãos de empresários e não dos desenvolvedores primários de software. São os empresários (editoras, gravadoras, etc.) os grandes beneficiários da concessão de monopólios sobre a produção cultural e intelectual, não os desenvolvedores (autores, criadores, inventores, etc.)[308].

Ainda, um último problema deve ser encarado ao se tratar da questão da recompensa dos desenvolvedores de software. Quando se pensa que os programadores, tais como os criadores de outras obras intelectuais, merecem algum tipo de recompensa pelo emprego de suas energias em dada atividade socialmente benéfica, ainda que se entenda que a sociedade deve recompensá-los economicamente, além da recompensa de cunho moral, não-patrimonial, a recompensa patrimonial não deve ser entendida como sinônimo de fortuna.

Para recompensar e incentivar economicamente os programadores a fazer aquilo que gostam, o

---

308 "*Beneath the dissembling rhetoric about the need to protect authors and provide incentives lay a harsh economic reality of a cartelized publishing industry, price fixing and world market-sharing agreements.*" Tradução livre: Por detrás da retórica falaciosa a respeito da necessidade de proteger os autores e provê-los de inventivos, encontra-se uma dura realidade econômica de cartéis editoriais, os quais tabelam preços e realizam acordos de compartilhamento de mercados internacionais. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., noat 4, p. 76.

mais adequado seria imaginar algo semelhante a um salário, não uma loteria multimilionária. Como acima dito, os indivíduos dedicam-se a atividades como a programação pela satisfação intelectual que experienciam no exercício desta atividade, mas ainda assim todos precisam de meio para subsistir. Desta forma, parece razoável que a sociedade lhes proporcione meios de sobreviverem com os frutos de sua dedicação. Todavia, sobreviver está muito longe de significar ser multimilionário.

A figura do multimilionário em si é um câncer social. Em um mundo onde bilhões vivem em completa miséria, a existência de algumas poucas figuras excêntricas nada mais é do que uma distorção gravíssima. Jamais se pode imaginar que é um fim social propiciar a alguns a possibilidade de adquirirem fortunas semelhantes ao PIB de algumas nações inteiras ao custo da miséria e exploração de tantos outros. Tudo isto nada mais é do que lugar comum. Entretanto, quando se faz a recompensa de desenvolvedores de software por meio de monopólios, é dada aos mercadores de software, sob o alto custo das liberdades sociais, sob o custo de amplo acesso ao conhecimento, a chance única de manipular as condições econômicas até mesmo em nível global.

Destarte, a defesa da manutenção dos monopólios como forma de recompensar o esforço dos desenvolvedores deve ser analisada com muita cautela. Duas perguntas devem estar sempre presentes ao realizar esta análise: (i) será este o único (ou o melhor) meio de recompensar os desenvolvedores de software?; e (ii) este meio cria de fato uma recompensa proporcional?

4.1.3.5. A Pirataria

Cercando a discussão sobre os direitos de propriedade intelectual, prolifera, como se tem aqui discutido, uma pluralidade de raciocínios reducionistas, discursos simplistas que apenas podem ser compreendidos como uma tentativa de ocultar a complexidade da situação em que tais direitos buscam se impor[309].

309 "*It was important to define TRIPS as a matter of simple justice, because the fact is it is a matter of complex injustice. It pulled off a huge structural shift in the world economy to move monopoly profits from the information-poor to the information-rich.*" Tradução livre: Era importante definir o TRIPS como uma questão de simples justiça, porque na realidade ele era uma questão complexa de injustiça. Ele impôs uma enorme transformação estrutural na economia

Dentre estes muitos discursos, destaca-se a figura mítica do pirata. Não existe qualquer definição técnica do conceito de pirataria[310]. A doutrina e a jusrisprudência largamente ignoram e evitam este vocábulo[311], assim como a legislação nacional não faz qualquer menção à figura do pitara ou à prática da pirataria, nem mesmo existe um consenso no âmbito internacional[312], e, entretanto, ao divulgar fatos relacionados aos direitos de propriedade intelectual a mídia não hesita em fazer uso desta alegoria[313].

A importância desta figura é clara. Apesar de todo o esforço empreendido em mascarar as mazelas sociais causadas pela propriedade intelectual, é impossível esconder da sociedade que um grupo muito restrito de pessoas têm conseguido lucros exorbitantes às expensas da exclusão do acesso ao conhecimento e à cultura de uma maioria avassaladora. Esta maioria de excluídos certamente não cultiva grande empatia por aquela minoria, mas não há dúvidas de que irá admirar e respeitar qualquer um que lha ofereça acesso àquilo que fô-la negado[314]. Dadas estas condições, um bom comerciante

---

mundial, para garantir o afluxo dos lucros monopolistas dos pobres em informação aos ricos dela. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 196.

310 "*As Rubin, in his masterful study of piracy, shows, there are at least six different meanings that can be attributed to it, including non-legal vernacular meaning, international law meanings and meanings based on national law.*" Tradução livre: Como Rubin, em sua obra-prima sobre a pirataria, nos mostra, existem pelo menos seis diferentes significados atribuídos ao vocábulo, incluindo aqueles alheios aos vernáculo legal, os dos tratados internacionais e os baseados nas leis internas. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 23.

O dicionário Houaiss da língua portuguesa trás, entre outras, como definição do termo: "aventureiro dos mares que pilha navios mercantes e povoações costeiras; indivíduo que se apossa, ilegalmente e pela força, dos bens de outrem, bandido, ladrão; diz-se do que é realizado com apropriação da forma anterior ou com plágio ou com cópia de uma obra anterior, com infração deliberada à legislação que protege a propriedade artística ou intelectual." In op. cit., nota 6, p. 2223.

311 No STJ apenas dois acórdãos acusam o termo "pirata" em seu conteúdo e outros três apresentam o termo "pirataria" (Recursos Especiais n° 441639, 274384; Conflitos de Competência n° 2474, 18346; e Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 3690) ao passo que no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apenas consta um acórdão com estas ocorrências (Acórdão n° 119.153-0/0-00). Contudo, note-se que, em todos os casos, os vocábulos vêm sempre entre aspas, indicando a atecnia do termo.

312 "*Most jurisdictions in the world do not use the term "piracy" in connection with intellectual property as a term of legal art. There is no legal definition of it that is universally accepted.*" Tradução livre: A maior parte das jurisdições ao redor do mundo não utiliza o termo pirata em conexão com a propriedade intelectual, enquanto parte do vernáculo jurídico. Não existe definição legal que seja universalmente aceita. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 28.

313 Ver: http://w3.bsa.org/brazil/press/newsreleases/Estado-perde-US-401-milhoes-com-pirataria.cfm.

314 "*Attempts by corporate owners to give legitimacy to their intellectual property empires through appeals to romantic notions of individual authorship and inventorship look less and less morally persuasive in a world where intellectual property rights, and TRIPS especially, are being linked to bigger themes and issues – widening income inequalities such as those between developed and developing countries, excessive profits, the power and influence of big business on goverrntment, the loss of sovereignity, (...).*" Tradução livre: Tentativas dos proprietários de grupos empresariais de dar legitimidade aos seus impérios de propriedade intelectual por meio de apelos a noções românticas de autoria e invenção individual parecem cada vez menos moralmente persuasivas em um mundo onde os direitos de propriedade intelectual e o TRIPS especialmente

perceberá que encontra-se latente, dentre os excluídos, um mercado com grande potencial, bastando que existam meios de ofertar os mesmos produtos a preços muito inferiores[315].

Não é segredo a ninguém que as tecnologias de duplicação digital hoje alcançaram um patamar onde é muito simples e barato reproduzir quaisquer materiais digitais. DVD's, CD's, aparelhos tocadores de MP3, pen-drives e outros equipamentos estão disponíveis no mercado a custos muitíssimo reduzidos, o que faz com que os softwares (e também músicas, filmes, seriados, jogos, etc.) possam ser reproduzidos e compartilhados a um custo dez vezes menor do que aquele praticado pelas empresas de monopólio do conhecimento, ou até mesmo a custo zero. Desta forma, todos os requisitos necessários ao comércio encontram-se à disposição de quem quiser entrar no mercado.

A exclusão da maioria, contudo, é permanente, de forma que, por mais que se realize uma caça aos comerciantes, sempre haverá quem esteja disposto a se arriscar em um mercado de lucro certo como este. Note-se que agrava o problema o fato de que a exclusão do conhecimento é apenas uma face de uma exclusão muito maior, qual seja a exclusão social. Desta forma, são muitos, não poucos, os que não têm quaisquer meios de sobreviver de forma digna, o que faz com que o número de aventureiros seja inesgotável. Destarte, além dos eventuais ataques aos pequenos comerciantes, é necessário um ataque à outra extremidade (não que seja realmente possível falar-se em extremidades em um conjunto tão uniforme), os consumidores.

A tática é muito simples. Os consumidores devem julgar existir apenas uma fonte legítima de acesso ao conhecimento e abster-se de acessá-lo por outras fontes, pois estas seriam formas vis e ilegítimas de acessá-lo. Aqui entra em cena a figura do pirata. A forma mais simples de fazer com que a sociedade repudie uma conduta que não a lesa, mas somente àqueles que de fato a prejudicam, é associando esta conduta a outras que já possuam uma conotação negativa[316].

---

estão sendo ligados a temas mais relevantes – alargamento das desigualdades de renda, como aquela existente entre os desenvolvidos e os em desenvolvimento, lucros excessivos, o poder e a influência do grande capital sobre o governo, a perda da soberania, (...). In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p.16.

315 "*US software corporations helped to create the piracy of their software products. In the early days they priced the software at such high levels that many individuals simply could not afford it.*" Tradução livre: As grandes indústrias estadunidenses de software ajudaram a criar a pirataria de seus próprios produtos. No começo eles taxaram seus softwares a preços tão altos que muitos indivíduos simplesmente não podiam comprá-los. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 22.

316 "*Schoolboy history and Hollywood have combined to tell us what pirates looked like and what they did. They were ugly (unless played by Errol Flynn), fierce-looking, cut-throat types who plundered and murdered without pity under the flag*

Assim, não se fala em infração ao privilégio individual e monopolista sobre o conhecimento. Fala-se antes em pirataria, roubo, furto e outros crimes contra o patrimônio[317]. Exploram-se as imagens populares do ladrão, do pirata e do bandido para causar aversão a esta conduta como sendo delituosa, criminosa e pecaminosa, como forma de exercício de um controle sobre o alcance da reprodução não-autorizada de conhecimento monopolizado[318]. O uso destas alegorias tem, em um primeiro momento, uma dupla função: (i) reprimir a conduta dos excluídos; e (ii) justificar os gastos públicos e o uso de aparato Estatal para cuidar destes assuntos (uso de força policial e investimento em autarquias especializadas, como Instituto Nacional da Propriedade Industrial).

A figura mítica do pirata ainda traz outra facilidade implícita: ao mesmo tempo em que simplifica o raciocínio e inverte os pólos de malfeitores e injustiçados (criando-se a imagem de que os monopolistas são vítimas destas condutas bárbaras)[319], também concretiza o problema dando-lhe dimensões assustadoras, o que é feito através dos números. É muito mais fácil aos privilegiados

---

of Jolly Roger." Tradução livre: A história de colégio e Hollywood acordaram em nos contar como os piratas aparentavam e o que faziam. Eles eram feio (a menos que interpretados por Errol Flynn), de aspecto agressivo, impiedosos, os quais saqueavam e matavam sem dó sob a bandeira da caveira. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 22.

317 Reúnem-se todas estas condutas como se fossem idênticas à conduta daquele que compra software pirata, para bloquear questionamentos sobre o porque tantos devem padecer para afortunar tão poucos. Nesse sentido, P. Drahos relata que em uma conferência da Business Software Alliance (BSA), em Camberra, para encerrar seu discurso sobre pirataria na internet, disse que "*we're sometimes told that Bill Gates has made enough profit and that downloading a bit of software isn't going to hurt. What's wrong with that? [pause] [silence] Well it's still theft. You wouldn't think of stealing a Cadillac just because it belonged to someone wealthy. Software is no different. [silence].*" Tradução livre: às vezes dizem-nos que Bill Gates já lucrou o suficiente e que baixar um pouco de software não irá prejudicá-lo. Qual o problema desta afirmativa? [pausa] [silêncio] Bem, continua sendo roubo. Você não pensaria em roubar um Cadillac apenas porque ele pertence a alguém rico. Com o software não é diferente. [silêncio]. In op. cit., nota 4, p. 26.

318 Note-se que além da mera retórica que iguala condutas diversas sobre o rol comum das ofensas ao patrimônio, são também usadas artimanhas para de fato unir todas estas diferentes condutas e figuras como se fossem todas parte de uma mesma conduta marginal. Neste sentido "*a second an more recent strategy by corporate owners of intellectual property is the attempt to link intellectual property piracy with organized crime, with crimes that the public is really scared of. It is easier to justify spending public money on the war against the illegal downloading of software, or illegal taping of Michael Jackson's latest album, if those people doing the illegal copying are also members of neo-Nazi organizations or terrorist groups.*" Tradução livre: uma segunda e mais recente estratégia dos empresários da propriedade intelectual é tentar ligar a pirataria de propriedade intelectual com o crime organizado, com crimes que o público teme verdadeiramente. É mais fácil justificar os gastos de verbas públicas na guerra contra o download ilícito de softwares ou a cópia ilegal do mais recente álbum de Michael Jackson, se aqueles que estiverem produzindo estas cópias ilícitas também forem membros de organizações neo-nazistas ou de grupos terroristas. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 27.

319 "*(...)software developers would lose revenues from the sale of their products, which hinder develpment of new software and stifle the growth of the software company.*" Tradução livre: (...) os desenvolvedores de software perderiam divisas da venda de seus produtos, o que desestimula o desenvolvimento de novos softwares e atrapalha o desenvolvimento da companhia de software. In Alshamlan, Abdulrahman S., *Does Internet Affect Software Copyright?*, Social Science Research Network (SSRN), agosto de 2003, pp. 3.

acostumar a sociedade a pensar por meio de porcentagens e cifras[320]. Neste sentido, a título de exemplo, o fato de que 60% dos softwares vendidos em dado local são piratas gera uma perda anual de 1,2 bilhões de dólares por ano às empresas e cerca de 630 milhões de reais em impostos não-arrecadados[321].

Foge-se à questão do porquê um número tão elevado de softwares é adquirido por meios ilícitos, nem há preocupação em justificar os cálculos que deram vida a estas cifras[322]. Não existe qualquer impedimento em calcular que todas as pessoas que compraram softwares piratas teriam adquirido os originais caso não houvesse a oferta de piratas, não obstante a substancial diferença de preços. Acusa-se, portanto, o pirata de causar tantos danos à sociedade, mas não se dá qualquer atenção aos motivos que possibilitaram a existência de tal comerciante[323].

Surge então a crítica: se realmente existe tal refinada estratégia de combate à pirataria, por que então o problema ainda persiste com tamanhas dimensões? A resposta a esta questão encontra-se no fato

320 "*Putting numbers in the piracy was useful in other ways. It created a fact for public consumption. (...) Then there was the simple psychological truth that people liked numbers. Of course, they had to be simple, big numbers – ones that educated people could easily remember and trot out in a conversation to make a point and show their command of the facts: 'Trade losses in 1992 in these countries [28 pirate countries identified by IIPA] exceeded US$4.6 billion."*" Tradução livre: Colocar números na pirataria foi útil em um outro sentido. Criou um fato a ser consumido. (...) Então, estava lá a simples verdade psicológica de que as pessoas gostam de números. É claro que eles deveriam ser simples, grandes números – tais que pessoas escolarizadas poderiam lembrar facilmente e soltar em conversas para dar sustentação a um argumento e mostrar seu domínio dos fatos: "As perdas comerciais em 1992 nestes países [os 28 países piratas identificados pela IIPA] ultrapassaram os 4,6 bilhões de dólares estadunidenses." In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 93.

321 "*In economy, software piracy is affecting tax revenues and GDP of many countries and increases the unemployment rate in the IT sector.*" Tradução livre: Em economia, a pirataria de software tem afetado a arrecadação tributária e o PIB de diversos países e aumenta a taxa de desemprego no setor de tecnologia da informação. In Alshamlan, Abdulrahman S., op. cit., nota 319, pp. 3.

322 "*Naturally, no large company wanted to be seen to have a small estimate. It implied that its products were not worth pirating. It also meant that the company's problems would be put down the queue of 301 priorities by the USTR. Company employees working in developing country markets could also blame large scale piracy for slow progress on sales. The incentives to be generous in one's estimate of the piracy problem were strong. There was no real downside to overestimating the size of the problem,*" Tradução livre: Naturalmente, nenhuma grande empresa queria ter estimativas baixas. Isto implicava que seus produtos não eram bons o suficiente para serem pirateados. Também implicava que os problemas da empresa seriam colocados no final da fila das prioridades do 301 pela USTR. Os empregados dessas empresas trabalhando nos países em desenvolvimento também poderiam acusar a pirataria como responsável pelo baixo progresso nas vendas. Os incentivos para ser generoso nas estimativas a respeito do problema da pirataria eram fortes. Não havia qualquer problema em sobrestimar a dimensão do problema. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 97.

323 "*Because piracy is associated in the popular mind with a history of desperate outlawry and savagery, it has proved to be a particularly effective rhetorical tool. This popular folk image of pirates remains free of legal niceties concerning difficult questions such as the nature of property rights, the reach of national law, the content of international law and so on.*" Tradução livre: Porque a pirataria, no imaginário popular, encontra-se ligada a uma história de selvageria de ilegalidade desenfreada, ela se mostra uma ferramenta retórica particularmente eficaz. Esta imagem popular dos piratas permanece livre das controvérsias legais a respeito da natureza dos direitos de propriedade, a extensão da lei nacional, o conteúdo das lei internacionais e etc. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 23.

de que esta estratégia não foi feita para cumprir completamente os fins que anuncia. Nesta sutileza é que se encontra sua grande força.

A proposta pode causar estranheza, mas é, em verdade, exatamente o que se disse: o combate à pirataria não visa eliminá-la, apenas controlá-la. A verdade é que, apesar de haver um discurso a respeito dos prejuízos bilionários causados pela pirataria, sem ela todo o sistema correria um grande risco de erodir, o que não é segredo àqueles que dele se beneficiam. A pirataria mais beneficia os empresários do conhecimento do que lhes prejudica e este benefício ainda é múltiplo.

Em primeiro lugar, a pirataria proporciona, aos excluídos do conhecimento, um acesso precário ao mesmo, que lhes reduz a indisposição contra aqueles que os excluem. Assim, apesar de não poderem ir ao cinema ou comprar um DVD original, os excluídos podem comprar alguns poucos DVD's pirateados e desta forma sentir um prazer duplo: (i) o intelectual de diálogo cultural (do qual usualmente encontram-se despidos); e (ii) o da vingança contra os seus opressores, a qual se perfaz pela idéia mágica de que estão se rebelando contra a opressão e causando prejuízos aos seus opressores (o que lhes é confirmado diariamente no noticiário). Enfraquece-se, então, o seu sentimento de revolta social que poderia ser politicamente utilizado em ações eficazes de rebelião ou ao menos resultar em questionamentos mais sérios ao sistema, os quais poderiam colocar em xeque o poder econômico exercido por aquela minoria.

Este mesmo raciocínio é válido para os pirateadores. Os seus lucros são ninharia quando confrontados com aqueles dos monopolistas (já que existe concorrência entre piratas), mas a existência desta chance de lucro, a qual ainda é demonstração de certa revolta contra sua situação de miséria, faz com que acalmem-se os seus sentimentos de agressividade e rebeldia social, sentido-se o individuo parcamente realizado dentro do papel social que encontrou (um papel que pode até mesmo ser admirado no ambiente em que vive).

Mais ainda, deve-se notar que estes consumidores de produtos piratas não consumiriam os produtos originais ao preço que são vendidos, caso fossem os únicos disponíveis no mercado, o que também não é segredo nenhum a qualquer empresário. Sendo assim, não há de fato qualquer perda em vendas (os monopolistas do conhecimento lucram justamente a partir do abastecimento insuficiente do

mercado e sabem que aquelas pessoas não comprariam os produtos originais, elas nem sequer são o público alvo destas mercadorias), mas em contrapartida existe um importante meio de controle e manutenção do sistema.

Outra facilidade proporcionada aos empresários pela pirataria, especialmente evidente no quando o conhecimento de que se trata é o software, consiste na difusão de seu produto no mercado em larga escala. Como já se falou acima[324], é muito importante a um software a sua compatibilidade com outros softwares e arquiteturas de hardware, de forma que a tendência é que sempre exista um ou dois softwares padrão no mercado global, o que é um requisito básico ao trânsito de informações. A plataforma que adquirir o status de padrão de mercado será aquela privilegiada, em questão de compatibilidade, quando do desenvolvimento de outros acessórios e produtos (jogos, aplicativos, equipamentos periféricos), o que, por sua vez, reforça tal status de padrão que a plataforma já detém.

Adquire-se tal status dentro do mercado a partir do número de pessoas utilizando dado software. Aquele que tiver o maior número de usuários será o padrão de mercado. Note-se que aqui não importa a origem do software. Pirata ou original, o que importa é que o software seja utilizado pelo maior número de pessoas possível. Portanto, a pirataria adquire o importante papel de disseminar da maneira mais ampla possível as bases de uso de um determinado software.

Esta importância, entretanto, não se encontra restrita somente à compatibilidade com outros softwares e hardwares. Aos usuários também é importante a familiaridade com o programa. À maior parte dos usuários é penoso ter que aprender a lidar com os diferentes tipos de softwares existentes, de modo que é muito mais prático ater-se a uma única plataforma, a qual já se conheça com alguma profundidade.

Isto tem grandes implicações para as escolhas de softwares feitas pelas empresas de outros ramos[325]. Quando um empresário precisa escolher um software para ser utilizado por seus funcionários em seu estabelecimento comercial, duas questões têm grande influência em sua decisão: (i) a

---

324 Ver capítulo 4.1.3.2.

325 "Mas, nem sempre é possível optar pela tecnologia que se deseja; fica claro nos discursos das PME's brasileiras que o mercado impõe uma relativa exigência de manter a utilização de alguns softwares proprietários em seus sistemas." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 118.

compatibilidade do seu software com aqueles de seus clientes (ou do maior número deles)[326]; e (ii) a capacidade de seus funcionários de operá-lo sem dificuldades. Ora, não existe modo melhor de atender a estes dois requisitos simultaneamente do que elegendo como software aquele que for o padrão de mercado, já utilizado pelos funcionários há longo prazo (ainda que pirateado).

Note-se, ainda, que a empresa, diferente do que ocorre com os usuários particulares, está sujeita a uma maior visibilidade pelos órgãos de fiscalização estatais. Desta forma, apesar de não ser cabível, nem desejável que a polícia invada a todo tempo a casa dos cidadãos para descobrir se existem softwares piratas em seus computadores (do que não resultaria qualquer ganho à empresa, pois aumentaria a animosidade dos usuários contra a empresa de software e diminuiria sua base de usuários, sem que houvesse um grande retorno financeiro, já que os usuários de softwares piratas não teriam meios econômicos de ressarcirem-na pelos danos causados),a situação é outra no contexto empresarial.

As empresas têm capital suficiente para pagar as multas e danos decorrentes de uma infração ao monopólio de conhecimento, mas não sentem qualquer rancor social pela exclusão, nem têm ampla liberdade na escolha do software que irão adotar (são pressionadas pelas duas influências acima expostas) e, ainda, suas imagens podem sofrer danos caso sejam flagradas desrespeitando os direitos de terceiros. Neste sentido, as empresas são o foco ideal para a persecução policial e judicial. Isto implica que elas têm uma possibilidade muito restrita na escolha de seus softwares e uma pressão muito grande para que os comprem originais. Atente-se para a gravidade do fato: empresas multinacionais ganham uma poderosíssima arma para viciar as empresas regionais e locais (mesmo as micro e pequenas) na compra de suas mercadorias[327].

---

326 "Um dos principais responsáveis apontados pelos empresários por este tipo de condicionamento e por assegurar a hegemonia de alguns softwares proprietários, no Brasil, é o governo. Dentre as PME's entrevistadas, praticamente todos incluíram o governo como um dos principais agentes com os quais eles são forçados a manter uma relação de troca de informações regulares em formatos proprietários. " In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 4, p. 119. Exemplo gritante deste condicionamento por parte de órgãos estatais é este próprio estudo aqui desenvolvido. Sendo uma tese de láurea a ser apresentada a uma universidade pública, é extremamente controversa a determinação rígida por norma interna da faculdade (artigo 11, Deliberação FD 43/2003 em conjunto com item 9 do Edital CTB/FD 1/2006; e artigo 2°, da Portaria GDI 9/2004 – alterado pelo item 3 dos Avisos aos Alunos do 5° Ano de 2007) de que os alunos encaminhem as teses em formatos digitais proprietário unicamente, sem abrir qualquer possibilidade para as alternativas livres.

327 "Outro aspecto importante com relação à liberdade é a questão de poder escolher as melhores opções disponíveis no mercado, sem ter o constrangimento de estar vinculado a um padrão específico de um único fornecedor. O crescimento acelerado de algumas empresas de software proprietário ocorreu justamente devido a este fator." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 4, p. 117.

A pirataria é uma arma que, contudo, não serve aos grandes empresários do conhecimento apenas no controle dos pequenos empresários locais e regionais. Ela tem a sutil eficiência de combater a disseminação do software livre.

O software livre, como vem sendo discutido[328], não tem necessariamente que ser grátis. Todavia, inevitavelmente ele terá um preço reduzido quando comparado ao software proprietário, visto que a livre concorrência tem o efeito de impedir a prática de preços abusivos ou exorbitantes por quaisquer dos seus distribuidores. Assim sendo, havendo no mercado tão somente softwares proprietários originais e softwares livres, a tendência é que todos aqueles economicamente excluídos de adquirir os softwares proprietários fossem em busca dos softwares livres, pela acessibilidade econômica dos mesmos.

Aqui, então, a pirataria mostra mais uma vez a sua importância aos empresários do conhecimento. O software "proprietário"[329] pirata, apesar de só eventual e esporadicamente disputar mercado com as suas versões originais, disputa-o diretamente com o software livre, com uma visível vantagem sobre este: o marketing.

O marketing é a tática utilizada pelas empresas do conhecimento para criar nos consumidores o desejo pela marca, a satisfação pelo consumo. Ele não é feito através da persuasão racional dos indivíduos a analisarem os produtos de acordo com critérios lógicos e decidirem pela compra por entenderem existir uma preponderância de motivos racionais que indiquem este ato como o mais razoável. Antes, ele é um despertar de impulsos e desejos.

A psiquê humana, como nos ensinou S. FREUD, é originalmente composta de desejos e de impulsos primitivos ou infantis, o id. Ao longo da vida, em uma região da psiquê desenvolvem-se o ego e o superego[330], a partir desta matéria prima fundamental que é o id, o qual por todo o tempo permanece

---

328 Ver capítulos 4.1.2. e 4.1.3.1.

329 Usa-se aqui as aspas para acentuar a redundância no uso do termo proprietário precedendo o vocábulo pirata. Com efeito, todo software pirata necessariamente será proprietário, visto que não é possível piratear software livre, já que não existe algo como distribuidor original ou legítimo. Pelo contrário, todos são incentivados a distribuírem cópias dos softwares que possuírem, seno o conceito de pirataria completamente alheio a esta realidade.

330 "O ideal do ego, portanto, é o herdeiro do complexo de Édipo, e, assim, constitui também a expressão dos mais poderosos impulsos e das mais importantes vicissitudes libidinais do id. Erigindo esse ideal do ego, o ego dominou o complexo de Édipo e, ao mesmo tempo, colocou-se em sujeição ao id. Enquanto o ego é essencialmente o representante do mundo externo, da realidade, o superego coloca-se, em contraste com ele, como representante do mundo interno, do id." In FREUD, Sigmund, op. cit., nota 246, p. 38.

predominante dentro da psiquê[331]. Estes desejos e impulsos primitivos do id, portanto, continuam, por toda a vida, reprimidos no inconsciente, que por definição é inacessível à consciência[332], mas que nem por isso deixa de estar a todo momento a influenciar as escolhas conscientes da psiquê, tendo efeitos grandes e diretos no comportamento das pessoas. Ainda segundo S. FREUD, o inconsciente tem uma maneira muito peculiar de pensamento, diferente do pensamento consciente, que é o simbolismo[333]. Através dos símbolos é que o id comunica ao ego os seus desejos, bem como é através daqueles que realiza estes, vez que a realização completa e direta do desejo muitas vezes é impossível ou encontra-se proibida pelo superego[334].

Essencialmente, o que o marketing faz é associar simbolicamente os produtos que se quer vender ao desejos primitivos inconscientes do público consumidor. A persuasão, portanto, dá-se em um nível no qual a capacidade de discernimento e crítica do consumidor são reduzidas. Sua defesa contra o argumento utilizado pelo marketing é quase nula, já que o inconsciente é essencialmente irracional e o consciente só com muita dificuldade consegue até mesmo reconhecer os impulsos instintivos provenientes do id (estes impulsos são distorcidos pela linguagem simbólica do inconsciente para que possam se realizar não obstante a vigilância exercida pelo superego), quanto mais os controlar.

Facilmente se percebe, portanto, que a lógica do marketing é claramente contrária à ética libertária e libertadora do software livre, que prima pelo respeito ao indivíduo e pelo incentivo à crítica. O foco do ética cooperativa encontra-se no pensamento crítico. Destarte, não há qualquer sentido em tecer elogios às qualidades de um software livre, não há coerência em se criar o desejo nos usuários por

---

331 "É fácil ver que o ego é aquela parte do id que foi modificada pela influência direta do mundo externo, por intermédio do Pcpt.-Cs.; em certo sentido, é uma extensão da diferenciação de superfície. Além disso, o ego procura aplicar a influência do mundo externo ao id e às tendências deste, e esforça-se por substituir o princípio de prazer, que reina irrestritamente no id, pelo princípio de realidade. Para o ego, a percepção desempenha o papel que no id cabe ao instinto. O ego representa o que pode ser chamado de razão e senso comum, em contraste com o id, que contém as paixões." In FREUD, Sigmund, op. cit., nota 246, p. 25.

332 "Obtemos assim nosso conceito de inconsciente a partir da teoria da repressão. O reprimido é, para nós, o protótipo do inconsciente. Percebemos, contudo, que temos dois tipos de inconsciente: um que é latente, mas capaz de tornar-se consciente, e outro que é reprimido e não é, em si próprio e sem mais trabalho, capaz de tornar-se consciente." In FREUD, Sigmund, op. cit., nota 217, p. 13.

333 "(...) a diferença real entre uma idéia (pensamento) do Ics. ou do Pcs. Consiste nisto: que a primeira é efetuada em algum material que permanece desconhecido, enquanto a última (a do Pcs.) é, além disto, colocada em vinculação com representações verbais." In FREUD, Sigmund, op. cit., nota 246, p. 19.

334 In FREUD, Sigmund, *Die Traumdeutung*, trad. port. de W. I. de Oliveira, *A Interpretação dos Sonhos*, São Paulo, Círculo do Livro, 1987.

aquilo que está pronto. Os usuários são antes incentivados a estarem sempre em busca das falhas, dos defeitos, das imperfeições.

Nenhum software livre é jamais um produto acabado, ele é sempre um processo. Apesar de existirem as versões prontas para o uso, o foco do software livre é o desenvolvimento e o aprimoramento. Sendo assim, o viés jamais é de exacerbação das conquistas passadas, mas de incentivo às batalhas futuras. O desejo que se pretende criar com o software livre não é o desejo do presente, mas o desejo do futuro e de um futuro que jamais chega, mas é sempre um caminho a ser desbravado.

Assim sendo, a pirataria é um forte aliado dos empresários do conhecimento no combate à difusão do software livre e da divulgação das perigosas idéias que a ele são inerentes.

Duas informações acima ditas requerem uma análise mais detida. Foi dito que o software pirata apenas episodicamente concorre com as suas versões originais, mas concorre diretamente com o software livre. Afirmou-se também que a extravagância do lucro monopolista é, em parte, decorrente de um abastecimento insuficiente do mercado que permite a manipulação do preço até o limite onde há o ponto ótimo de lucro. Ambas as assertivas estão interligadas pela presunção de que o software pirata é destinado a um mercado diferente daquele do software original, já que, do contrário, o monopolista estaria despido deste controle sobre o abastecimento de seu mercado, pela existência de uma concorrência direta com os softwares piratas (este é, inclusive, o raciocínio que conduz aos números acima elencados).

Esta presunção, entretanto, não se sustenta em si mesma e tem uma razão de ser dentro do complexo sistema de controle, que aqui vem sendo descrito, do qual a pirataria é um dos mecanismos.

Resolvem-se estas duas aparentes incongruências por meio da análise do objetivo da guerra mítica antipirataria. Como acima apontado, o combate à pirataria não tem a finalidade de eliminá-la, mas somente controlá-la, limitar seu alcance social. Com isto quer-se dizer que os produtos pirateados têm sua função dentro do sistema, mas, para cumpri-la sem afetá-lo, tais produtos devem ser destinados aos excluídos e somente a estes. Como, entretanto, evitar que se fundam os mercados de produtos que são essencialmente idênticos? Pela análise desta questão é que se desvenda qual o verdadeiro público alvo do discurso antipirataria.

Não obstante este discurso exerça o importante papel acima descrito quando dirigido aos pirateadores e aos consumidores de produtos piratas, sua maior e mais sutil relevância encontra-se em seu efeito sobre outro conjunto de pessoas: os incluídos. Existindo no mercado dois produtos idênticos, diferenciados somente por sua origem e preço, como fazer com que aqueles que têm a capacidade econômica de comprá-los, os economicamente incluídos, não se decidam pelos de menor preço? Conclui-se assim o cenário que dá vida ao pirata.

O discurso antipirataria, com toda a sua argúcia, faz parte de um rol mais amplo de saberes sociais desenvolvidos com intenção e foco bem determinados. O foco, como dito, são os incluídos, ainda mais do que os excluídos e a sua intenção é viciar-lhes o pensamento, manipular suas opiniões, moldar suas personalidades.

Para que estes indivíduos disponham-se a gastar mais para receber o mesmo, este mesmo deve parecer-lhes diferente. Neste ponto, o marketing tem um papel determinado de apresentar o produto original como superior ao pirata, seja através de uma embalagem mais atraente aos olhos, seja por meio de uma apresentação mais refinada dos locais onde é comercializado. Contudo, não é este papel do marketing que aqui quer-se chamar a atenção, pois ele é entendido como secundário dentro da lógica do sistema.

A diferença de que aqui se trata é uma diferença subjetiva, relacionada a um conjunto de idéias que criam e envolvem a dicotomia original/pirata na consciência dos consumidores incluídos. Estas idéias são tanto mais importantes, quanto mais naturais e lógicas parecem aos indivíduos foco do discurso[335].

Assim se explica o bombardeio constante feito pela mídia sobre o grave problema da pirataria.

---

335 "*The public anti-piracy campaigns are a part of a long-term game in which consumers are being "reeducated" about the seriousness of intellectual property piracy. The video you hire for a night's entertainment is doing its job because it provides you with a ready-made category of thought about the problem. But the education campaign is only part of a much more complex strategy that corporate intellectual property owners have for strengthening their hold over the ownership of ideas and information.*" Tradução livre: A campanha pública antipirataria são parte de um longo jogo no qual os consumidores estão sendo reeducados a respeito da seriedade da pirataria de propriedade intelectual. O vídeo que você aluga para uma noite de entretenimento está fazendo o seu trabalho, porque ele te apresenta uma categoria pré-definida de pensamento sobre o problema. Porém esta campanha educacional é apenas uma parte de uma estratégia muito mais complexa que os empresários da propriedade intelectual executam para fortalecer sua posse sobre as idéias e a informação. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 26.

Disseminam-se na sociedade entendimentos de que comprar software pirateado é conduta criminosa que causa grande lesão social, portanto, se alguém tem a possibilidade de escolha, sob o ponto de vista desta ética, o correto é que compre o software original. Outros discursos muito comuns são aqueles que visam alertar a população sobre os possíveis problemas decorrentes do uso de software pirateado (diminuição da vida útil do computador, defeitos no sistema, insegurança dos dados pessoais)[336]. Todo este conjunto de pequenas verdades tem a finalidade bem definida de tornar sociais problemas que, descritos de outro modo, poderiam despertar nada além do descaso dos consumidores.

Estes mesmos discursos também são cautelosamente construídos ao redor do software livre[337], com o agravante de que, como o desenvolvimento é realizado por uma comunidade não organizada de sujeitos anônimos e sem o investimento de um montante elevado de capital, não é possível confiar que aquele software cumpra as tarefas a que se propõe e que, caso não cumpra, o usuário restará completamente isolado na tarefa de perseguir um meio de superar estas falhas. O curioso é que ocorre na realidade justamente o contrário[338], como vimos discorrendo[339]. São os softwares proprietários que na realidade trazem a insegurança sobre quais são as suas funções, já que a ninguém é lícito estudá-lo e conhecê-lo para descobrir de forma clara o seu modo de operação[340].

---

336 "*Software piracy harms consumers, software developers and resellers. The consumers run the risk of viruses and would not be able to enjoy the full benefits of the software package, and could not have technical support and product upgrades.*" Tradução livre: A pirataria prejudica os consumidores, os desenvolvedores de software e os seus revendedores. Os consumidores correm o risco decorrente dos vírus e não seriam capazes de desfrutar os benefícios completos de um pacote de software original e não poderia ter suporte técnico e aprimoramento de seus produtos. In ALSHAMLAN, Abdulrahman S., op. cit., nota 319, pp. 3.

337 Interessante notar que "outra característica apontada como muito importante e que demonstra uma qualitativa vantagem do software livre em relação ao software proprietário diz respeito à questão da segurança a ataque de vírus. Os sistemas livres são muito menos suscetíveis de receberem ataques de vírus do que os sistemas proprietários." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 129.

338 "*Moreover these corporations often simply dumped their products on customers. One Singaporean informant told us that you tended to get much better after-sales service from some software pirates. They understood the bugs in the programs, spoke the same language and were generally more helpful than a distant voice on a help line somewhere in the US.*" Tradução livre: Mais ainda, essas empresas geralmente apenas empurravam seus produtos aos clientes. Um informante de Singapura nos contou que é mais fácil conseguir auxílio pós-venda de alguns pirateadores de software. Eles entendem os defeitos dos programas, falam a mesma língua e geralmente eram muito mais prestativos do que uma voz distante do outro lado da linha nos Estados Unidos. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 22.

339 Ver capítulos 4.1.2. e 4.1.3.1.

340 "*Perhaps a less pleasing security measure, especially for those concerned about privacy, and not nearly so well advertised, is the unique serial number that Microsoft's Windows 98 program plants in every electronic document, thereby allowing the author of the document to be traced.*" Tradução livre: Talvez uma medida de segurança menos satisfatória, especialmente para aqueles preocupados com sua privacidade, mas nem tão bem divulgada, é o número serial único que o Windows 98 implanta em todos os documentos eletrônicos, de forma a permitir que o autor de um documento seja

O grande problema é que, como o desenvolvimento cooperativo tem seu fulcro em um interesse difuso, a tendência é que a sua defesa seja feita de forma descentralizada[341] e mal-organizada[342], de forma que sua ideologia é facilmente abafada quando confrontada com os interesses econômicos particulares de um poder altamente organizado e concentrado em sua própria manutenção.

A parte que, contudo, é mais vital dentro deste sistema tem a ver com uma mistura de discursos que moldam os interesses dos indivíduos a partir de uma base primitiva de desejos[343]. Estes discursos têm relação direta com os fins sociais comumente incentivados em todos os cidadãos, os sonhos, os alvos e os objetivos. O software original, assim como todas as formas de conhecimento, passa, por conta destes discursos, a gozar de uma elevada estima dentro da sociedade. Cria-se uma boa imagem daqueles que compram os produtos originais, pois estão sendo mais justos, mas, principalmente, porque, dentro

---

rastreado. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 25. Perceba-se a sutileza deste mecanismo de vigilância inserido nos softwares de milhões de usuários sem que estes sejam alertados desta funcionalidade do sistema. O Grande Irmão de George Orwell invejasse o imenso poder concentrado nas mãos desta empresa, feito de uma forma deveras mais sutil do que por meio de um aparelho de televisão que não pode ser desligado.

341 A descentralização é um dos pilares da Ética Hacker na qual originalmente se baseou o software livre. A centralização é vista como uma forma de impedir o acesso direto à informação, uma forma de dificultar e excluir o conhecimento que, portanto, deve ser combatida. Nesse sentido, "*the best way to promote this free exchange of information is to have an open system, something which presents no boundaries between a hacker and a piece of information or an item of equipment that he needs in his quest for knowledge, improvement and time on-line. The last thing you need is bureaucracy. Bureaucracies, whether corporate, government, or university, are flawed systems, dangerous in that they cannot accommodate the exploratory impulse of true hackers. Bureaucrats hide behind arbitrary rules (...): they invoke those rules to consolidate power, and perceive the constructive impulse of hackers as a threat.*" Tradução livre: O melhor meio de promover esta livre troca de informação é ter um sistema aberto, algo que não apresente fronteiras entre um *hacker* e uma informação ou um equipamento que ele necessite em sua busca pelo conhecimento, aprimoramento e tempo online. A última coisa de que alguém precisa é burocracia. A burocracia, quer empresarial, governamental ou universitária, é um sistema precário, perigoso no sentido de que ele não permite o ímpeto de livre exploração dos verdadeiros *hackers*. Os burocratas escondem-se por detrás de regras arbitrárias (...): eles invocam tais regras para consolidar seu poder e entendem o impulso de exploração dos *hackers* como uma ameaça. In LEVY, Steven, op. cit., nota 119, p. 41.

342 "*So this was a classic case of Mancur Olson's thesis that diffuse public interests tend to be unrepresented because the costs to individuals of organizing large groups are not matched by the small gains for each individual. Producer interests were decisively more organized than consumer interests even in states that were predominantly consumer states.*" Tradução livre: Este é, portanto, um caso clássico da tese de Mancur Olson de que os interesses difusos tendem a permanecer sem representação, pois os custos individuais de organizar grandes grupos não convergem com os pequenos ganhos de cada indivíduo. Os interesses dos produtores eram definitivamente mais organizados do que os interesses dos consumidores, mesmo naqueles Estados predominantemente consumidores. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 193, sobre o TRIPS.

343 "(...) as crianças que freqüentam o CDI 'esperam' utilizar os softwares amplamente conhecidos da Microsoft e que, quando são apresentadas ao Linux, rejeitam essa possibilidade e perdem o interesse pelas aulas, sob a justificativa de que o curso não terá utilidade para as suas vidas, principalmente no que tange ao campo da preparação para o trabalho. O fato se explica, porque existe uma 'cultura do Windows' que se impõe como hegemônica." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 56.

de um cultura do consumo, existe uma estratificação da sociedade a partir daquilo que os seus membros são capazes de comprar.

Criam-se meios artificiais para a satisfação egóica individual realizada através do consumo. Os indivíduos passam a distinguir-se uns dos outros segundo aquilo que podem consumir, de forma que goza de um status mais elevado aquele que tem meios de comprar um software original quando comparado a outro que precisa socorrer-se de alternativas menos onerosas como os softwares piratas ou softwares livres. Assim, apesar de não existir qualquer diferença qualitativa entre softwares proprietários originais e suas versões piratas e até mesmo haver imensas diferenças entre as alternativas livres, para a maior parte dos consumidores a questão acaba resumindo-se em demonstrações imaturas de poder.

Note-se, portanto, que este discurso da pirataria é apenas outro componente de uma estrutura de saberes sociais pouco considerados pelas ciências, mas de grande impacto na vida diária das empresas e dos consumidores.

Conclui-se, assim, que o discurso antipirataria, com o terrorismo midiático que associa a conduta dos comerciantes de softwares piratas às figuras do ladrão, bandido e malfeitor, ao mesmo tempo criando uma boa imagem do software original e de seu desenvolvedor, é, na verdade, um mecanismo importante de sustentação do sistema de monopolização empresarial do software e do conhecimento, um discurso que, apesar de pseudo-racional, tem o alcance exato para cumprir todos os seus múltiplos fins. De forma que, não passam de hipocrisia as cruzadas antipirataria, guerras feitas apenas para olhos ingleses.

4.1.3.6. Os Hackers

O pirata não foi o único a ter sua imagem distorcida e mitificada em prol da manutenção da apropriação do conhecimento e da informação, o grupo dos *hackers* sofreu em especial com esta manipulação indevida da informação. Mas não apenas através desta distorção é que se aproximam estas figuras: a existência de ambos têm uma origem ideológica semelhante.

Como elucidado no capítulo 3.2. acima, a palavra *hacker* em sua origem não tinha conotação pejorativa, nem a atividade *hacker* era considerada danosa ou ilícita. Entretanto, com a privatização do conhecimento, a ideologia representada por este grupo de aficionados por sistemas lógicos tornou-se uma ameaça potencial à hegemonia exercida pelos detentores do monopólio de sobre o conhecimento.

Desta forma, as condutas que antes tais indivíduos praticavam com autorização e conhecimento das empresas de informática, passaram a ser taxadas de ilícitas, quando não criminosas, e acima de tudo isto foi necessário perverter a imagem destas pessoas para que fosse socialmente aceita a sua perseguição, bem como para que a sua ideologia não se espalhasse pela comunidade.

Assim, nasceu a figura do *hacker*, o grande vilão do mundo virtual, um covarde que faz uso da tecnologia para alçar ganhos ilícitos sem qualquer risco à sua integridade física, pois o faz de dentro de sua própria casa. Não apenas nos noticiários tornou-se comum ouvir a palavra *hacker* aliada à invasão de sistemas importantes de bancos ou de empresas de grande porte, mas até mesmo filmes foram feitos abordando o tema do perigoso criminoso do século XXI[344]. Tentou-se ligar esta figura à uma ameaça contra toda a sociedade, indivíduos que agem desvinculados de qualquer ideologia que não o acumulo fácil de capital.

Duas diferenças básicas entre *hackers* e piratas é que os primeiros não podem ser identificados nas ruas da cidade, já que não passam de cidadãos comuns, e sua principal ameaça aos empresários do conhecimento não tem ligação com a possibilidade de concorrência, mas com sua ideologia. Sendo assim, o combate aos *hackers* é eminentemente ideológico, mas não deve, contudo, ser travado neste âmbito, pois haveria grande risco de derrota.

Para impedir que a disputa ocorresse em um terreno desfavorável, os privilegiados então buscaram deslocar o problema para uma área onde a vitória fosse certa. Mascarou-se a ideologia de acesso amplo ao conhecimento e à informação em uma ameaça à intimidade e ao sigilo de informações pessoais focada somente no desvio de propriedade. Transmitiu-se à população a idéia de que as empresas do conhecimento e o Estado encontravam-se em uma dura batalha contra um número

344 Winkler, Irwin, *The Net*, Estados Unidos, Columbia Home Video, 1995; Sena, Dominic, *Swordfish*, Estados Unidos, Jonathan Krane Group, 2001; Softley, Iain, *Hackers*, Estados Unidos, Suftley, 1995 ; Loncraine, Richard, *Firewall*, Estados Unidos, Warner Bros Pictures, 2006. Um filme interessante que faz uma contraposição desta premissa é: Howitt, Peter, *Antitrust*, Estados Unidos, Metro-Goldwyn-Meyer, 2001.

indeterminável de desordeiros cibernéticos.

Não bastariam, contudo, apenas os discursos e reportagens, eram necessários exemplos concretos de ameaça a nível individual. Felizmente, logo surgiram os vírus de computador, softwares malignos que poderiam ter as mais diversas finalidades e foram rapidamente taxados como armas dos *hackers* em suas investidas para invadir computadores pessoais. Novamente, não houve qualquer preocupação em esclarecer as nuances do problema, a confusão era mais interessante à defesa do sistema de enclausuramento das informações.

Não obstante exista uma substancial diferença entre os propósitos daquele que invade um sistema e deixa uma mensagem ao administrador alertando-o sobre suas falhas e erros, e os daquele que invade-o com o propósito de desviar somas de capital, era interessante tratar ambos sob o mesmo rótulo, já que às empresas ambos eram igualmente ameaças. Não é muito dizer que os primeiros são ainda mais perigosos do que os últimos, já que o seguro pode ressarcir os danos de uma ação concreta, mas nada pode fazer contra a disseminação de uma ética em prol da liberdade de informação.

Neste ponto a história dos *hackers* se aproxima à dos piratas, tomados, estes, em um sentido amplo de seu conceito. Ambos estão diretamente relacionados a um quadro de opressão social que alguns indivíduos decidiram resistir. A busca da redução das desigualdades e a descentralização do poder são também comuns a ambos.

Os piratas, em seu sentido histórico original, eram marinheiros que encontraram uma forma de rebelar-se contra o poder centralizador e desigual exercido por uma elite de comerciantes abastados, donos de frotas inteiras de naus. Reuniram-se, estes marinheiros, por meio de uma organização mínima necessária em torno de um capitão, que, entretanto, não detinha grandes privilégios: todas as decisões importantes eram tomadas por meio de concílios e os resultados de suas operações eram compartilhados por todos os participantes na medida de seu mérito. Assim, tentavam, a partir desta estrutura, realizar comércio nas rotas monopolizadas por alguns poucos[345].

345 "*Piracy was in part a response to a system of official power that was based on systematic cruelty and gross inequality. Pirates formed codes of conduct in which their captains were given no special privileges, important decisions were made by pirate councils involving all and booty was distributed according to a set of fair rules that recognized the contribution of all. Despised as vermin by authorities, they created for themselves a society that gave them the social and economic dignity that had been denied to them as merchant seamen.*" Tradução livre: A pirataria foi em parte uma resposta a um sistema de poder oficial que era baseado em uma crueldade sistemática e enorme desigualdade. Os piratas

Os *hackers*, assim como os piratas da atualidade, também surgiram como uma contestação ao sistema atual de monopólio comercial, que desta vez não é feito por meio de rotas marinhas, mas de exclusão do conhecimento. A contestação desta vez é bifronte: enquanto os piratas nas ruas tentam invocam um direito de realizar comércio ainda que para isto seja necessário burlar o sistema oficial de monopólio comercial da informação, os *hackers* pleiteiam por seu direito de acessá-la, independentemente de quaisquer finalidades mercantis.

Porém, não é apenas em sua ética de contestação ao *status quo* que estes subgrupos se assemelham. Ambos eventualmente tornaram-se em certa medida uma ferramenta útil ao sistema. A utilidade dos piratas para o sistema atual já foi descrita no subcapítulo anterior, falta discorrer sobre a utilidade dos *hackers* e dos piratas dos mares. Parte desta questão já foi abordada neste capítulo no tocante ao papel de desviar a atenção da disputa ideológica para um terreno mais favorável à vitória dos beneficiários do sistema. Resta discorrer sobre a utilidade prática destes indivíduos, quando pervertida a sua ideologia.

Em ordem a evitar a confusão entre os conceitos e papéis que adiante serão analisados, a terminologia deve ser aqui alterada. Isto porque, essencial aos conceitos *hacker* e pirata são as ideologias em que estes grupos se sustentam, de forma que a sua remoção é mudança grave demais para subsistir dentro do mesmo conceito. Neste sentido, aqui serão chamados de *crackers* os viciados em programação de software que não se pautam necessariamente pela ética *hacker* em suas ações, bem como se aproveitará o historicamente consagrado vocábulo corsário[346] para diferenciá-lo dos piratas.

Os corsários foram ferramentas úteis aos Estados Europeus e mesmo aos Estados Unidos na competição comercial realizada nos mares na época das navegações modernas. Muitas vezes chamados de piratas por suas vítimas, os corsários eram marinheiros que, com apoio explícito ou tácito do governo de seus países de origem, atacavam as embarcações provenientes de Estados concorrentes aos seus.

---

elaboraram códigos de conduta nos quais os seus capitães não detinham quaisquer privilégios especiais, as decisões importantes eram tomadas por conselhos de piratas envolvendo todos e os prêmios eram distribuídos de acordo com um conjunto de regras justas que reconheciam as contribuições de todos. Desprezados como vermes pelas autoridades, eles criaram para si uma sociedade que lhes dava a dignidade econômica e social que lhes fora negada como mercadores dos mares. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 24.

346 "Capitão de navio autorizado a realizar ações bélicas que afastem, destruam ou apreendam navios mercantes inimigos." In Houaiss, op. cit., nota 6, p. 848.

Destas forma, realizava-se uma guerra não declarada através de disputas militares nos mares.

A ação destes corsários foi essencial à ascensão de potencias econômicas e militares navais como a Inglaterra e a Holanda. Não foi através do investimento de dinheiro público que estes países construíram seus impérios nos mares, mas por meio da licença para que seus particulares realizassem ataques aos navios estrangeiros e se apropriassem de suas mercadorias e ouro. Assim, apesar de haver um discurso oficial de repúdio aos ataques marítimos, esta prática exótica de concorrência era a regra, não a exceção durante a Idade Moderna e não havia Estado que não aderisse ao menos de maneira tácita a estas práticas, ainda que sua posição oficial fosse de perseguição a tais indivíduos.

Note-se a grande diferença conceitual: enquanto os piratas eram contestadores do sistema oficial hierárquico e opressor instituído no comércio marítimo, os corsários eram seus beneficiários e mantenedores indiretos, vez que agiam em prol do aumento de poder dos Estados de onde se originavam.

Do mesmo modo, entre os *crackers* e os *hackers* impera grande distinção. Ambos são aficionados por programação de computadores e sistemas de informação, assim como tanto piratas como corsários eram apaixonados pelos mares. Todavia, da mesma maneira em que os corsários um dia foram ferramentas úteis à ampliação do poder econômico estatal, os *crackers* hoje são ferramentas importantes à manutenção do poder empresarial.

Aqui não se deve confundir os *crackers* com os programadores contratados por empresas de software, assim como não se confundiam os corsários com a marinha estatal. Os programadores contratados pelas empresas de monopólio do conhecimento são aqueles que trabalham desenvolvendo novos códigos e softwares e resolvendo os problemas existentes com os atuais. Por outro lado, os *crackers* não têm necessariamente um vínculo prévio, jurídico ou mesmo de fato, com a empresa. Sua ação é episódica e difusa.

Os *crackers* são usuários de software incentivados a testarem os novos programas em buscas de aberturas, falhas e defeitos. Descobrindo-os, tais usuários podem eventualmente receber alguma recompensa econômica por sua atuação e pelo conhecimento que adquiriram através dos testes efetuados no software da empresa.

Os *crackers* por não possuírem vínculos com as empresas de software podem realizar também serviços menos nobres, mas igualmente úteis. Em um trabalho científico algumas afirmações são comumente deixadas de lado pela dificuldade que se têm em realizar a prova. Contudo, com as devidas ressalvas, entende-se aqui não ser indevido suscitar que em um plano teórico a mera possibilidade de que os *crackers* realizem atividades de competição ilícita e velada, tal como fizeram os corsários em tempos mais remotos.

Indícios deste tipo de atuação são os vírus de computador, termo aqui utilizado em sentido amplo para abranger todas as formas de programas maliciosos tais como os *spyware*, *malware*, *adware*, *worms*, etc. Apesar de historicamente os vírus não estarem necessariamente ligados à um propósito socialmente pernicioso[347], como acima foi dito, eles foram úteis aos empresários do conhecimento como uma forma de reforçar o caráter pejorativo da imagem socialmente estabelecida dos *hackers*.

Assim, da mesma forma como não é interessante realizar qualquer distinção entre os invasores de sistemas de informação ávidos por liberdade de acesso ao conhecimento e invasores sedentos por uma forma fácil de enriquecer, não há qualquer benefício em esclarecer a temática dos vírus. Na verdade, é mais útil aos beneficiários do sistema propagar a confusão e certificar-se de que existam mais vírus perniciosos do que os ideológicos. Nenhuma empresa, contudo, poderia abertamente empenhar parte de seu capital humano ao desenvolvimento de vírus, de forma que resta nos *crackers* um conveniente auxílio.

Se houver indivíduos que por conta própria espalhem vírus pelas redes de informação, causando infortúnios aos usuários individuais, três vantagens imediatas aos privilegiados podem ser vislumbradas: (i) aumenta-se o temor social da figura do *hackers*, o que é feito através da divulgação errônea das informações (facilitada àqueles com grande capital); que (ii) conseqüentemente, legitima socialmente o poder das empresas de excluir a sociedade do conhecimento (os indivíduos passam a

347 O primeiro vírus de que se tem notícia foi um software chamado Elk Cloner (criado no ano de 1982) e tinha o propósito de realizar uma brincadeira com os usuários que instalassem um dado jogo em seu computador. O vírus copiava-se para o hardware do usuário a partir do disquete de instalação e limitava o número de jogos possíveis em quarenta e nove. Ao jogar a quinquagésima partida o usuário veria em seu monitor uma tela branca com o poema: "*It will get on all your disks / It will infiltrate your chips / Yes it's Cloner! / It will stick to you like glue / It will modify RAM too / Send in the Cloner!*" Tradução livre: Vai pegar em todos os seus discos / Vai se infiltrar em todos os seus chips / Sim, é o Clonador! / Vai grudar em você como cola / Vai mudar a sua RAM também / Enviado no clonador. Fonte: http://en.wikipedia.org/wiki/Computer_virus.

confiar às empresas a sua segurança virtual); e, portanto, (iii) cria-se um mercado de consumidores ávidos por softwares que prometam proteção contra estes perigos da vida online.

Uma última, e ainda mais delicada, utilidade do *cracker* encontra-se na faculdade por eles criada aos economicamente poderosos de desviarem-se de algumas inconveniências do sistema de sigilo do conhecimento no qual eles mesmos se sustentam. Tal como um dia nos mares imperava o monopólio das rotas marítimas que impedia o comércio de crescer, atualmente encontra-se vivo um sistema que impede a criação de conhecimento ou ao menos reduz em muito o seu potencial. Ambos os sistemas, em última análise levam à estagnação do modelo de comércio sobre o qual se sustentam[348].

Se todos apenas realizassem o comércio marítimo segundo as estruturas já estabelecida de monopólio das rotas comerciais nas mãos de alguns poucos afortunados, a tendência, como em todo monopólio, é que o trânsito de mercadorias acontecesse de forma pouquíssimo eficiente, sem qualquer desenvolvimento tecnológico ou investimento de capital por parte dos monopolistas para melhorar a oferta, visto que encontra-se garantida uma margem de ganhos muito lucrativa do modo como o sistema de encontra.

Da mesma forma, se a informação fosse secreta e os direitos de propriedade intelectual fossem respeitados por todos os cidadãos e empresas, a probabilidade é de que aqueles que já tem o seu poder econômico consolidado produzissem conhecimentos novos a um nível muito abaixo do ótimo, visto que teriam sempre de preocupar-se sozinhos com todos os mínimos detalhes de cada conhecimento novo criado em suas empresas.

Nesse sentido, tanto ontem como hoje, é interessante às empresas de conhecimento que exista alguma forma de acessar as informações que se encontram escondidas, para que se possibilite o diálogo cultural. É interessante que haja um desvio padrão às regras do próprio sistema. Entretanto, nenhuma empresa irá de bom grado ceder informações sobre os conhecimentos desenvolvidos por seus funcionários, nem é possível que os programadores de uma empresa dediquem-se a descobrir os segredos das concorrentes.

Contudo, aos *crackers* esta atividade é possível sem grandes inconvenientes. As informações por

348 Este assunto é abordado em detalhes no capítulo 4.1.3.8.

eles descobertas também podem ter um valor comercial alto aos comerciantes dos softwares concorrentes àquele que dedicaram-se a vasculhar. Assim sendo, tais programadores tornam-se uma importante ferramenta ao refinamento do sistema de reclusão da informação na posse de alguns poucos, sem graves danos aos próprios interessados.

Frise-se que estas afirmações aqui feitas são de difícil prova. Todavia, é essencial à ciência um questionamento livre, vez que outros, ao lerem algumas meras hipóteses, podem dedicar-se com maior cuidado à sua análise, o que eventualmente às comprovará ou derrubará, sendo ambas as hipóteses benéficas ao desenvolvimento científico.

Não parece ser, entretanto, um método pouco confiável a analise dos fatos feita de modo a neles buscar perceber quem são os reais beneficiários por detrás de sua existência. As invasões cibernéticas e os vírus entre nós se encontram, assim como outrora encontravam-se os saqueadores dos mares. Hoje em dia dizemos sem qualquer receio que os corsários trabalhavam em prol do Estado, visto que era ele o maior beneficiário, talvez chegue o tempo em que também percebamos para quem trabalham os *crackers* e não se tenha mais receio em fazer afirmações como as que acima se fez.

4.1.3.7. Das Prioridades

O desenvolvimento cooperativo e o empresarial também podem ser confrontados a partir do mando com relação às prioridades no desenvolvimento[349]. Esta questão já foi abordada perfunctoriamente quando se tratou das liberdades defendidas pelo Movimento pelo Software Livre, todavia, dada a importância desta questão, repete-se aqui o tema desta vez com maior profundidade na análise.

Como elucidado, uma vez que no sistema de desenvolvimento empresarial de software todas as informações a seu respeito são detidas em caráter monopolístico por um único desenvolvedor, que também é o único legitimado a aprimorar o software inicial, todas as modificações realizadas no

349 "Nesse domínio, de fato, as escolhas aparentemente mais 'técnicas' têm e terão sólidas incidências políticas, econômicas e culturais." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p. 110.

software inicial devem necessariamente ser por ele introduzidas.

Disso decorrem alguns efeitos. O primeiro deles é que, além da limitação temporal e econômica, existe, portanto, neste sistema, uma limitação no número de pessoas habilitadas a trabalhar com o software e nele inserir novos códigos com vistas a aperfeiçoá-lo. Sendo assim, quando comparado ao desenvolvimento cooperativo, o sistema empresarial encontra de plano uma drástica limitação, já que aquele outorga a um sem-número de indivíduos a faculdade de aprimorar e modificar o software. Imediatamente, percebe-se que, ainda que os habilitados sejam muito competentes, seus cérebros e tempo são muito limitados, quando comparados a um número indeterminado de programadores espalhados pelo globo, de forma que limitadas serão as suas possibilidades de trabalhar com o software. Toda modificação necessariamente levará um tempo maior de testes e cálculos para cada um dos novos passos imaginados como possíveis soluções.

Note-se, contudo, que é apenas mera presunção imaginar que os programadores com acesso ao código-fonte do software e legitimados a trabalharem em seu aprimoramento são efetivamente os mais habilidosos, visto que não há quaisquer garantias de que o processo de seleção de programadores dentro de uma empresa seja perfeito ao perquirir as habilidades dos seus futuros empregados. Ainda que fosse, contudo, suas habilidades não são a cada dia testadas, em comparação às do restante da comunidade, de modo que jamais poderá haver qualquer certeza de que os programadores em contato com o programa são presentemente os melhores no assunto.

Por outro lado, existindo a possibilidade de qualquer um trabalhar com o software, as modificações nele introduzidas serão selecionadas pela comunidade de usuários de software na medida de sua eficiência, o que garante que nenhuma regra arbitrária irá interferir no desenvolvimento ótimo possível a partir do capital humano disponível em toda a coletividade. Note-se que a popularização da internet permite com que qualquer programador de qualquer parte do globo trabalhe com qualquer software disponibilizado na rede, sem quaisquer bloqueios naturais ao seu conhecimento do software[350].

O problema maior, contudo, não tem relação apenas com a eficiência econômica do desenvolvimento social de software, mas com as trilhas pelas quais o software caminha em seu

350 Mesmo o idioma já não é mais a mesma barreira de outrora ao fluxo de informações, vez que softwares muito úteis de tradução instantânea encontram-se disponíveis online.

desenvolvimento. Quando da criação ou da modificação de um software, o programador detém uma alta discricionariedade quanto à prioridade dos problemas que deverão ser solucionados ou das funcionalidades que serão criadas.

Independentemente de qual o sistema que se analisa, existe um limitado número de programadores trabalhando ou mesmo usando um determinado software. Logo, não é possível enfrentar-se todos os problemas ao mesmo tempo, nem é viável realizar todas as modificações imaginadas ou imagináveis de uma só vez, devendo ser estabelecidas prioridades ao desenvolvimento do software (ainda que no sistema cooperativo o número de problemas que podem ser enfrentados a um só tempo seja maior). Contudo, em cada um dos sistemas a escolha das prioridades dá-se de uma forma diferenciada.

No sistema empresarial a escolha é feita através de uma escala hierárquica de competências. Desta forma, além deste sistema garantir que os programadores habilitados a estudar e desenvolver o software jamais serão os mais competentes para o trabalho, ele também garante que apenas uma ou poucas pessoas tenham a aptidão para decidir quais serão as prioridades em seu desenvolvimento, escolha que, assim, certamente será feita de acordo com critérios subjetivos, particulares e parciais.

Novamente, o critério de decisão de uma empresa é primordialmente o lucro. Assim, a classificação das prioridades de desenvolvimentos jamais será a necessidade social daquele desenvolvimento ou o alcance comunitário da mudança imaginada, mas somente qual dentre as mudanças é capaz de garantir os melhores retornos financeiros. Um raciocínio precipitado poderia induzir-nos à conclusão de que o desenvolvimento capaz de garantir a mais alta lucratividade será sempre o mais desejado socialmente, vez que o lucro provém do consumo e, portanto, se o lucro aumenta é porque aumentou o número de consumidores interessados nas mudanças implementadas no software.

Esta construção é, entretanto, falaciosa[351]. Para que fosse verdadeira, duas condições deveriam estar presentes: (i) livre-concorrência; (ii) consumidores plenamente informados. Todavia, ambas estas

351 "*With Microsoft's marketing clout, they don't have to make it better to have their version supplant ours. They just have to make it different and incompatible.*" Tradução livre: Com a base de mercado da Microsoft, eles não precisam fazer melhor para que os seus programas vendam mais que o nosso. Eles precisam apenas fazê-los diferentes e incompatíveis. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 170.

condições encontram-se ausentes. A livre-concorrência, como visto ao longo deste trabalho, não existe quando se outorgam privilégios de propriedade intelectual sobre software. Por outro lado, a plena informação dos consumidores, ficção dos economistas em qualquer que seja o mercado analisado, quando se trata do mercado de software, é pressuposto que não se sustenta.

Mesmo nos dias atuais, grande parte dos usuários de computador não tem qualquer entendimento técnico sobre o modo de operação de um computador, nem se preocupa em saber quais são as diferenças entre um e outro software. A escolha pelos softwares mais recentes é baseada simplesmente em uma ânsia em possuir sempre o mais atual (como se isto fosse sinônimo de avançado), bem como pelo fato de que muitos dos softwares mais recentes não são compatíveis com aqueles previamente existentes[352], o que é um modo fácil de pressionar o público consumidor a estar em uma contínua e impensada atualização de softwares, sem qualquer atenção para as suas necessidades individuais de mudanças[353]. Neste quadro, as empresas de monopólio do conhecimento, podem voltar suas atenções a problemas não diretamente relacionados à demanda dos usuários. Dado que o mercado é monopolizado pelo desenvolvedor do software padrão, este ainda terá a faculdade de dedicar-se a atacar a concorrência eventual e o seu próprio público consumidor através de ferramentas predatórias[354] e sem ligação com qualidade ou eficiência de seus produtos[355].

Somente assim é que podem ser compreendidos os esforços e gastos que as empresas de

352 "Outra fonte de economia advinda do uso de sistemas livres é a desobrigação de atualizações freqüentes, impostas pelos fabricantes de softwares proprietários. Esse fato representa uma sensível redução nos custos de manutenção, estendendo-se, principalmente, com a obrigatoriedade da compra de novos equipamentos mais potentes e de alto valor agregado." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 145.

353 "Um outro argumento bastante repetido pelos porta-vozes, no sentido de apresentar o software livre como o mais econômico, foi aquele de recorrer às suas características técnicas para demonstrar que o sistema aberto permite uma redução de investimentos em equipamentos, sem, no entanto, perder qualidade e desempenho. Isto se explica porque, em geral, os sistemas abertos possuem uma estrutura de sistema muito mais leve, ou seja, que exige menos memória nos equipamentos para o processamento de informações, possibilitando o reaproveitamento de equipamentos considerados obsoletos para rodarem as versões atualizadas da maioria dos softwares proprietários." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 124. Note-se que esta condição não é eventual. Os softwares livres costumam ser mais leves do que as alternativas proprietárias pela simples razão de que um maior número de pessoas trabalhando um código faz com que ele seja sempre o mais refinado possível (o mais próximo da "The Right Thing" dos hackers), o que exige um número menor de dados a serem processados para realizar a mesma tarefa.

354 Exemplo desse tipo de concorrência desleal é a restrição proposital à compatibilidade dos softwares de outras empresas com a plataforma estabelecida.

355 Interessante notar que "os desempenhos da internet também são apontados como um diferencial entre os sistemas de software. O tempo de troca de informações pela rede internet reduz-se bastante quando se utiliza o software livre." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 128.

monopólio do conhecimento empenham em criar formatos e linguagens que formem barreiras ao compartilhamento livre do conhecimento (tais como as medidas DRM, a *Threacherous Computing*, o DVD[356] – bem como seus sucessores; o Windows Vista[357]; algorítimos de proteção contra a cópia[358]). Jamais seria possível alegar que estas tecnologias foram criadas em prol dos interesses dos usuários e consumidores. O único interesse por elas visado é a manutenção ou ampliação do poder já exercido pelas empresas que as desenvolvem[359].

No desenvolvimento cooperativo, a escolha a respeito de quais serão as questões enfrentadas prioritariamente ocorre de acordo com uma vontade difusa da própria comunidade. Em geral, acontece que os programadores envolvidos no desenvolvimento e aperfeiçoamento do programa obtém acesso não somente ao código-fonte do software, mas também aos problemas já conhecidos e ainda sem solução ou com soluções imperfeitas, lista à qual podem acrescentar outras eventuais deficiências que percebam. Deste modo, cada um dos programadores ou cada grupo deles, até mesmo organizado em torno de uma empresa, pode escolher quais os objetivos mais imediatos no desenvolvimento de dado software.

Sendo estes programadores os próprios usuários primários do software, ninguém melhor do que eles para conhecer as frustrações decorrentes de seu uso e, portanto, os mais capazes de escolher quais

---

356 Para saber mais: http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Scramble_System; http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Protection_for_Prerecorded_Media. Nesse mesmo sentido: "*CSS encryption works so that a DVD from the US will not play on a DVD player bought in Europe. European consumers are locked in to purchasing European DVDs at a time and price set by an export cartel – the motion picture industry. The community of computer programmers has shown in a Houdini-like way that it is possible to escape from any electronic lock. So, for example, CSS can be decrypted using a program called DeCSS, which is available on the Internet. Realizing the likelyhood of such successful electronic escape artistry, media/knowledge conglomerates during the 1990s pushed for anti-circumvention measures to be enacted into law. Such measures in essence make it illegal to manufacture or distribute circumvention devices such as DeCSS.*" Tradução livre: A criptografia CSS funciona de modo que um DVD estadunidense não será executado por um tocador de DVD comprado na Europa. Os consumidores europeus estão obrigados a comprar DVDs europeus a um tempo e preço estabelecido pelos cartéis exportadores – a indústria cinematográfica. A comunidade de programadores de software demonstrou em uma manobra digna de um Houdini que é possível escapar de qualquer trava eletrônica. Assim, por exemplo, CSS pode ser decodificada por um programa chamado DeCSS, o qual encontra-se disponível na internet. Ao aperceber-se da probabilidade de sucesso destas escapadas eletrônicas, os conglomerados de mídia e conhecimento, durante os anos noventa, pressionaram para que estas ações fossem coibidas legalmente. Tais leis, essencialmente tornam ilegal a manufatura ou distribuição de dispositivos de decodificação como o DeCSS. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 184.

357 Para saber mais: http://badvista.fsf.org/.

358 Ver: http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/5144698.stm.

359 "*Companies have invested ore money in securing their software and implementing new methods against cracking and other piracy methods.*" Tradução livre: As empresas investiram capital na segurança de seus softwares, implementando novos métodos contra a investigação e outros métodos piratas. In Alshamlan, Abdulrahman S., op. cit., nota 319, pp. 3.

problemas deverão tomar a dianteira das soluções perseguidas pela comunidade. Mas não somente. Muitas vezes ocorre de um programador, ao se defrontar com um problema, não dispor de uma solução imediata, mas perceber que é capaz de implementar uma solução a alguma outra falha do sistema, não prioritária ou talvez nem conhecida, o que não estará impedido, nem necessitará de qualquer autorização especial para fazer.

As inovações, deste modo, seguem um fluxo natural e estão sempre em sincronia com a demanda dos usuários. Quando um programador ou um grupo deles decide atacar um problema específico ou implementar uma nova funcionalidade, geralmente ocorre que aquela tarefa não é tão simples ao trabalho solitário. Portanto, o programador anuncia através da internet que precisa de auxílio de outros programadores ou usuários para trabalhar no projeto ou financiá-lo. Obviamente, neste quadro o número de participantes e apoiadores do projeto será diretamente proporcional ao número de interessados naquela inovação, bem como a intensidade com que a desejam. Ao contrário do que ocorre no sistema empresarial, onde tudo se pauta no entendimento de um único indivíduo que encontra-se em uma posição hierárquica mais elevada.

4.1.3.8. O Paradoxo

Ao longo de todo este trabalho, mas principalmente no decorrer deste capítulo, foram abordadas diversas inconsistências discursivas no atinente à propriedade intelectual, especialmente no tocante ao software. Alega-se a incoerência do sistema de privilégio monopolista com as finalidades perseguidas, segundo o saber criado em torno destes estranhos direitos de propriedade.

Dentre as muitas incoerências entre os discursos e os mecanismos atuantes, destaca-se aquele relativo à inovação. Esta premissa já foi abordada no capítulo 4.1.3.2., contudo, o foco era tão somente deslegitimar o discurso a respeito do incentivo estatal à inovação. No presente capítulo, o objetivo é demonstrar que não apenas inexiste incentivo à inovação, como, em última análise, há um bloqueio sistêmico à ela[360].

360 "*Raising the costs of borrowing through the imposition of very high standards of intellectual property will*

Ocorre que o sistema de privilégios monopolistas sobre o conhecimento é autofágico justamente por ser contrário ao próprio modo como a informação é produzida. Como visto no capítulo 4.1.3.3., a produção de conhecimento é uma atividade essencialmente coletiva, não individual. As produções intelectuais em geral e a cultura jamais serão frutos de um único indivíduo, mas fazem parte de um longo processo de diálogo do qual, em diferentes proporções, participam todos os seres humanos.

Note-se que aqui não se quer falar apenas das pessoas que têm um papel determinado na produção do conhecimento, autores e criadores de obras intelectuais certas e determinadas. A produção cultural é aqui abordada em um sentido amplíssimo, no qual nenhuma idéia ou pensamento pode ser descartado, não obstante sua forma. Assim sendo, não há qualquer necessidade de fixação de uma idéia em dado meio físico, nem precisa estar esta idéia inserida em uma "obra", basta que ela surja e seja comunicada.

A autofagia do sistema de propriedade intelectual consiste em criar barreiras artificiais, burocráticas, à circulação e difusão de idéias, impedir o diálogo cultural que é o catalizador de todas as criações da mente humana. Mais do que isso, este sistema de direitos sobre o conhecimento tem o condão de tornar infratores os indivíduos produtores de conhecimento. Limita-se o potencial criativo dos indivíduos na sociedade, ao invés de incentivá-los.

No campo do software este bloqueio é particularmente pernicioso. Como dito, grande parte do trabalho de um programador consiste em reaproveitar códigos já escritos, recombiná-los, utilizar subrotinas prontas, de forma a agilizar o trabalho de criação de outras funcionalidades aos softwares já existentes. Todavia, com a outorga de direitos autorais sobre software, torna-se ilícito reaproveitar trechos de códigos já desenvolvidos e existindo uma autorização legal tácita para manter o código-fonte dos softwares secretos, sendo eles transmitidos apenas através de arquivos executáveis, dificulta-se muito até mesmo que estes códigos sejam estudados para, a partir dos mesmos, criar outros semelhantes que cumpram as mesmas funções. Neste sentido, a proibição do uso de engenharia reversa sobre o software é o ápice da incoerência de um sistema que se pretende catalizador da inovação.

---

progressively choke innovation, not increase it. Most businesses, we argue, will be losers, not winners." Tradução livre: Elevar os custos de empréstimo através da imposição de padrões muito altos de propriedade intelectual irá progressivamente esterilizar a inovação, não aumentá-la. A maior parte dos empresários, nos argumentamos, serão perdedores, não vencedores. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 2.

Perceba-se que os direitos patrimoniais dos autores que outrora serviram muito bem como ferramenta de restrição à concorrência entre editores, hodiernamente volta-se contra os próprios criadores de obra intelectuais, contra a própria sociedade[361], visto que a sua liberdade de criação e de desenvolvimento tecnológico encontra-se cercada pelos direitos de empresários sobre obras pré-existentes.

O mais trágico é que não somente o reaproveitamento de códigos já prontos é inibido, como também a produção de determinadas funcionalidades é tida como ilícita. As próprias idéias e a própria capacidade das máquinas é limitada em prol do interesse dos monopolistas. Exemplos claros deste tipo de restrição foram os casos do Napster[362], do gravador de CD/DVD e dos videocassetes. Mesmo que estas tecnologias fossem, a seu tempo, inovadoras, houve quem alegasse que a sua criação seria em si uma infração aos direitos intelectuais de terceiros, já que essencialmente a finalidade destas tecnologias era nada mais do que aprimorar e divulgar os meios existentes de produção de cópias de informação e cultura[363], os quais, para os empresários do conhecimento, são bens particulares, jamais patrimônio da humanidade.

O paradoxo do sistema de monopólio sobre o conhecimento, portanto, encontra-se no fato de que ao invés de motivar os inventores, como se propõe, tal sistema lhes retira a liberdade de questionamento,

---

361 "*Computer programmers wishing to modify a program come across copyright or patent restrictions that block their way. Different Internet communities stumble into a worldwide web of intellectual property restrictions about what may be downloaded, what the rules are on redistribution, and the rules on posting and linking of materials. Individuals everywhere increasingly find that every time they use information in some way they trigger an obligation to pay a fee to an intellectual property owner.*" Tradução livre: Os programadores, desejando modificar um programa, deparam-se com restrições autorais ou de patentes bloqueando o seu caminho. Diferentes comunidades na internet defrontam-se com uma rede de restrições de propriedade intelectual sobre aquilo que pode ser baixado, quais são as regras de redistribuição e quais são as regras de postagem e ligação de materiais. Indivíduos por toda a parte crescentemente descobrem que toda vez que usam uma informação de alguma forma eles acionam uma obrigação de pagar taxas a um possuidores de direitos de propriedade intelectual. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 4.

362 "*Napster was, as far as the recording industry was concerned, a piratical business model. But it was a business model. It showed what could be done in the distribution of music using the Internet as a tool.*" Tradução livre: O Napster era, até onde diz respeito à indústria fonográfica, um modelo de comércio pirata. Porém, era um modelo de comércio. Ele demonstrou como seria possível a distribuição de músicas usando a internet como ferramenta. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 186.

363 "*Innovations such as the twin cassette deck saw the recording industry argue that the mere placing of such a technology on the market was an invitation to unauthorized copying*." Tradução livre: Inovações tecnológicas como o video cassete de duas cabeças foram foco da argumentação da indústria fonográfica de que a simples colocação destas tecnologias no mercado era um convite à cópia não-autorizada. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 183.

pensamento e criação[364], o que, a longo prazo, levará ao seu próprio colapso, uma vez que a totalidade do saber humano encontrar-se-á em regime de direitos privados, tornando-se impossível que alguém desenvolva qualquer novo passo sem infringir direitos de terceiros[365]. O problema maior, destarte, não é a ineficiência do sistema de apropriação de idéias em incentivar sua criação, mas em seu papel de rédea dos próprios criadores.

Neste contexto, os desvios sistêmicos, como o papel desempenhado pelos *crackers* em prol das empresas de apropriação do conhecimento, bem como o dos piratas e o dos *hackers*, retardam os efeitos nefastos que a criação de tais empecilhos à comunicação das idéias trazem à inovação dentro da sociedade. Entretanto, os direitos de propriedade intelectual permanecem sendo grandes ameaças à produção cultural, as quais são ainda mais graves no atual cenário mundial de descentralização e quebra das estruturas hierárquicas, onde gradativamente os cidadãos de todo o mundo têm reivindicado seu direito a uma maior participação no processo de construção da sociedade.

Novamente, a internet é a prova viva do poder imenso que a coletividade tem quando provida dos meios mínimos de expressão de suas idéias. Sites da chamada Web 2.0 como a Wikipedia, o Youtube, o Flickr, os fóruns e os *blogs* em geral tornam-se cada vez mais populares superando de longe em número de acessos aqueles de origem centralizada, empresarial. Os usuários digitalmente incluídos, percorrem as águas ainda incertas da internet em busca de novos conhecimentos e um novo contato cultural que apenas este meio de comunicação possibilitou à humanidade. A profusão imensa de

---

364 "*The second and greater danger of intellectual property lies in the threat to liberty. When a group of scientists stop working on a protein molecule because there are too many intellectual property rights that surround the use of the molecule, a basic freedom, the freedom to research, has been interfered with.*" Tradução livre: O segundo e maior perigo da propriedade intelectual é a ameaça à liberdade. Quando um grupo de cientistas pára de trabalhar em uma molécula por conta dos inúmeros direitos de propriedade intelectual circundando aquele assunto, uma liberdade básica, a de pesquisar, foi obstada. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 3.

365 "*Information feudalism is a regime of property rights that is not economically efficient, and does not get the balance right between rewarding innovation and diffusing it. Like feudalism, it rewards guilds instead of inventive individual citizens. It makes democratic citizens trespassers on knowledge that should be heritage of humankind, their educational birthright. Ironically, information feudalism, by dismantling the publicness of knowledge, will eventually rob the knowledge economy of much of its productivity.*" Tradução livre: O Feudalismo da Informação é um regime de direitos de propriedade que não é economicamente eficiente e não atinge o balanço correto entre recompensar a inovação e difundi-la. Como o feudalismo, ele recompensa corporações ao invés de indivíduos criativos. Ela torna cidadãos democráticos em infratores do conhecimento que deveria ser a herança da humanidade, seu direito inato à educação. Ironicamente, o feudalismo da informação, ao retirar a publicidade da informação, irá roubar à economia do conhecimento muito de sua produtividade. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 219.

criações intelectuais e culturais é em grande parte decorrência desta aproximação de todos os indivíduos e de todas as culturas.

O potencial da humanidade como um todo jamais foi tão elevado. Contraditoriamente, entretanto, ao invés de explorarmos ao máximo esse imenso leque de oportunidades hoje existente, insistimos em manter ou mesmo em ampliar privilégios anacrônicos que corroem as conquistas que com tanta dificuldade alcançamos após milênios de incessantes batalhas contra as barreiras físicas e naturais que limitavam nosso desenvolvimento coletivo. Hoje, quando finalmente nos é possível superá-las quase que por completo, criamos outras outrora inexistentes, como se nos fosse impossível acreditar que chegamos a um patamar sem fronteiras.

Este é um ponto delicado, um dos que clama por este e outros trabalhos na área de direitos intelectuais que atentem para os efeitos corrosivos deste conjunto de direitos sobre o conhecimento, pois, apesar de inicialmente parecer que ambos os sistemas de produção de conhecimento (cooperativo e empresarial) podem conviver em regime de competição, resistindo aquele mais apto a satisfazer os consumidores, a verdade é que a própria existência dos privilégios monopolistas sobre o conhecimento é uma constante ameaça ao modelo cooperativo. Isto porque, apesar de todas as informações produzidas através do sistema cooperativo poderem ser aproveitadas no processo de produção empresarial[366], o contrário não é verdadeiro. Desta forma, a pesquisa livre e cooperativa deve, em decorrência da permanência de tais direitos sobre o conhecimento, desviar seus caminhos de direitos pré-existentes sobre conhecimentos já desenvolvidos e jamais poderá aproveitar os frutos do trabalho daqueles que desenvolvem conhecimento a partir de seu patrimônio cultural comum.

Por fim, além dos custos adicionais à produção do conhecimento existentes por conta de seu encarceramento, o sistema de propriedade intelectual encarece também o diálogo cultural através dos meios necessários ao desenvolvimento adequado de conhecimento, bem como de sua divulgação. Dentro deste sistema de restrição ao acesso à cultura, somente a via empresarial é possível, pois os custos em pesquisa e auxílio na distribuição, bem como a contratação de especialistas neste ramo específico de direitos para evitar processos por infração de propriedade de terceiros tornam-se cada vez

366 Note-se que a GNU/GPL reprime o fechamento dos códigos originalmente abertos, mas não impede que os adeptos do regime monopolista usem as idéias contidas em códigos livres para desenvolver outros códigos a eles semelhantes.

mais elevados[367]. Mais ainda, uma vez que é impossível a qualquer um certificar-se completamente da pré-existência de privilégios de monopólio eventualmente infringidos por uma inovação, é possível que, mesmo após a contratação dos especialistas necessários, muitas invenções resultem em disputas judiciais, caras não somente aos produtores de conhecimento, mas a todo o Estado que deve mover seu aparato para apreciar conflitos que não deveriam sequer existir.

4.1.4. Software Livre e Software com Código-Fonte Aberto

Ao longo deste trabalho, o termo software livre (*free software*) foi privilegiado, apesar de em alguns momentos ter sido realçada a importância da distribuição de software em seu código-fonte ou, na consagrada expressão, software com código-fonte aberto (*open source software*). Também foram abordadas, ao comparar-se o modelo de desenvolvimento de software cooperativo e o empresarial, diversas vantagens econômicas do primeiro em relação ao segundo. Todavia, estes dois conceitos que intitulam o presente capítulo não se confundem e o privilégio dado ao primeiro termo não foi incidental.

Software livre, como já explicado, é o resultado de uma ideologia e ética de contestação, de reconstrução das bases sociais com fulcro em princípios claros e definidos. Em decorrência de sua primazia pela liberdade de acesso ao conhecimento e cooperação social, um de seus mais importantes alicerces encontra-se na necessidade de comunicação do software em seu código-fonte aos interessados em com ele trabalhar. Isto implica que a maior parte dos softwares de código-fonte aberto serão provavelmente também softwares livres, todavia, não é apenas nisto que este se resume[368].

---

367 Note-se que a maior parte dos direitos de propriedade intelectual é outorgado com base em critérios incertos, bem como incerto é o critério do juiz sobre qual a amplitude dos direitos de que desfruta determinado criador. Os direitos de propriedade intelectual, neste sentido, são também muito distintos da propriedade ordinária sobre coisa física e certa. As idéias e o conhecimento não são estanques e nem precisos, são entrelaçados, fundidos de modo permanente, o que faz com que qualquer corte seja arbitrário, vez que arbítrio varia conforme a mente, o que torna sempre incertos os juízos sobre a extensão dos direitos de um criador.

368 "*However, the obvious meaning for the expression 'open source software' is 'you can look at the source code.' This is a much weaker criterion than free software; it includes free software, but also includes semi-free programs such as Xv, and even proprietary programs, including Qt under its original license (before the QPL).*" Tradução livre: Entretanto, o significado óbvio da expressão "software de código-fonte aberto" é que "você pode olhar o código-fonte." Este é um critério muito mais fraco do que o do software livre; ele inclui software livre, mas também programas semi-livres como o Xv e até mesmo alguns programas proprietários, como o Qt sob sua licença original (antes da QPL). In Stallman, Richard

O software com código-fonte aberto, por outro lado, é uma proposta com um viés estritamente ligado à eficiência econômica do desenvolvimento de software[369]. Os fautores deste tipo de software não estão interessados em qualquer ideologia ou movimento social mais amplo, a busca é apenas pelo amplo acesso ao código-fonte dos softwares como meio socialmente mais eficiente de alcançar os melhores resultados técnicos na produção de novos softwares. Seu argumento tem fulcro unicamente nesta premissa e quaisquer outros argumentos são dispensáveis[370].

As duas propostas parecem chegar a conclusões muito semelhantes, contudo, a diferença nas premissas em que se baseiam pode levar a importantes divergências. A mais importante delas encontra-se na relação que os softwares produzidos por cada uma destas propostas têm com os contrapostos softwares proprietários[371]. Para os fautores do software livre, o software proprietário é uma miséria social que deve ser combatida e eliminada a todo o custo. Jamais será possível uma comunidade completamente livre enquanto persistirem softwares provenientes deste modelo de desenvolvimento.

Os defensores do software com código-fonte aberto, por sua vez, entendem que o software proprietário é apenas um meio ineficaz de alcançar os objetivos comuns a todos. Sendo assim, tolera-se o software de código-fonte fechado do mesmo modo que se toleraria um fusca trafegando na rua. O software proprietário é imperfeito, mas não é uma ameaça. Os desenvolvedores de software com código-fonte aberto não vêem qualquer problema em trabalhar conjuntamente com os monopolistas, nem

---

M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 56.

369 Segundo a descrição encontrada no próprio site da Open Source Initiative: "*Open source is a development method for software that harnesses the power of distributed peer review and transparency of process. The promise of open source is better quality, higher reliability, more flexibility, lower cost, and an end to predatory vendor lock-in.*" Tradução livre: Open Souce é um método de desenvolvimento de software que controla o poder de revisão distribuído entre os pares e a transparência do processo. A promessa do open source é uma qualidade superior, maior confiabilidade, mais flexibilidade, menor custo e o fim das práticas predatórias de enclausuramento dos distribuidores. In http://www.opensource.org.

370 "*The fundamental difference between the two movements is in their values, their ways of looking at the world. For the Open Source movement, the issue of whether software should be open source is a pratical question, not an ethical one. As one person put it, 'Open source is a development methodology; free software is a social movement.'*" Tradução livre: A diferença fundamental entre os dois movimentos encontra-se em seus valores, seus meios de compreender o mundo. Para o movimento Open Source, a questão a respeito do código-fonte do software é um problema prático, não ético. Como dito: "Open Source é um método de desenvolvimento; o software livre é um movimento social." In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 55.

371 "*For the Open Source movement, non-free software is a suboptimal solution. For the Free Software Movement, non-free software is a social problem and free software is the solution.*" Tradução livre: Para o movimento open source, softwares não-livres são uma solução não ótima. Para o Movimento do Software Livre, os softwares não-livres são um problema social e o software livre é a solução. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 55.

entendem que inserir trechos de código proprietário em seus softwares degradar-lhes-á.

Historicamente, o Movimento pelo Software Livre surgiu primeiro, com sua proposta de desconstrução dos paradigmas de desenvolvimento de software com engessamento das tecnologias criadas. O Open Source Movement foi uma dissidência daquele primeiro movimento, rompendo com a ética da liberdade e abraçando a causa econômica, o que lhes permitiu um contato direto com as empresas[372]. Os dois movimentos, contudo, produzem um modelo muito semelhante de software, por isso nada impede que ambos trabalhem conjuntamente[373], o software livre até mesmo deve muito de sua recente popularidade ao software de código-fonte aberto que atraiu inúmeras empresas a este novo mercado.

Contudo, não se pode esquecer que a ideologia é a base maior do movimento livre. Ainda que o modelo fosse economicamente ineficiente, a defesa do software persistiria com base em premissas éticas de respeito às liberdades sociais[374]. Neste sentido, a escolha pelo termo software livre é feita de modo consciente e para que se chame atenção para o foco correto do movimento. A liberdade é o objetivo e o código-fonte aberto um dos meios de alcançá-lo, não se pode misturá-los como se fossem intercambiáveis.

---

372 "*They figured that by keeping quiet about ethics and freedom, and talking only about the immediate practical benefits of certain free software, they might be able to 'sell' the software more effectively to certain users, especially business.*" Tradução livre: Eles perceberam que permanecendo silentes a respeito da ética e da liberdade, falando somente a respeito dos ganhos imediatos de alguns softwares livres, eles seriam capazes de vender softwares de modo mais eficaz a alguns usuários, principalmente comerciais. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 57.

373 "*In 1998, some of the people in the free software community began using the term 'open source software' instead of 'free software' to describe what they do. The term 'open source' quickly became associated with a different approach, a different philosophy, different values, and even a different criterion for which licenses are acceptable. The Free Software movement and the Open Source movement are today separate movements with different views and goals, although we can do work together on some practical projects.*" Tradução livre: Em 1998, algumas pessoas na comunidade do software livre começaram a usar a expressão "software de código-fonte aberto" ao invés de software livre para denominar aquilo que eles desenvolviam. A expressão open source logo ficou associada a uma perspectiva diferente, uma filosofia diferente, valores diferentes e até mesmo critérios diferentes a respeito de quais licenças seriam aceitáveis. O movimento pelo software livre e o open source são atualmente dois movimentos distintos com diferentes visões e objetivos, embora nós possamos trabalhar conjuntamente em alguns projetos práticos. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 55.

374 "*The principal goal of GNU was to be free software. Even if GNU had no technical advantage over Unix, it would have a social advantage, allowing users to cooperate, and a ethical advantage, respecting user´s freedom.*" Tradução livre: O principal objetivo do GNU era ser software livre. Mesmo que o GNU não tivesse nenhuma vantagem em relação ao Unix, ele ainda teria a vantagem social de permitir aos usuários a cooperação e a vantagem ética de respeitar a liberdade do usuário. In STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 22.

Discutir temas como a liberdade e os direitos sociais difusos pode nem sempre agradar a todos e causar algum receio quanto a mudanças muito radicais na estrutura já estabelecida socialmente[375]. Entretanto, é justamente este mal-estar que se busca com o software livre. Procura-se incomodar os indivíduos, incomodar a sociedade, com vistas a incitá-los à reflexão de seus problemas e pensarem-se a si mesmos. Nenhuma idéia, nenhum pensamento deve estar imune a críticas e somente incentivando-as é que a sociedade poderá confrontar e solucionar seus reais conflitos e problemas. O software livre, destarte, vai muito além do mero acesso ao código-fonte de um aparato tecnológico, ele é uma ideologia que se pretende útil e necessária a todos os ramos da vida social[376].

4.1.5. Utopia ou Necessidade?

Uma vez que o software livre é uma proposta eminentemente alicerçada em premissas éticas e ideológicas, a grande ameaça aos seus ideais não se encontra no plano da argumentação, vez que raros seriam aqueles que ousariam atacar um modelo cujo objetivo maior é defender a sociedade dos abusos praticados por uma minoria sedenta por dominação, encontra-se antes no descrédito que suas propostas podem gozar socialmente por serem tidas como idealistas e utópicas.

Isto é particularmente verdade por haver uma associação entre suas propostas e a tradição esquerdista iniciada com Karl Marx, visto que ambas propugnam pela superioridade de um modelo onde o poder de ação é exercido conjuntamente pelo povo. Atualmente, poucos são aqueles que ainda acreditam na possibilidade de que o sistema capitalista seja suplantado pelo comunismo ou até mesmo

375 "*The main argument for the term 'open source software' is that free software makes some people uneasy. That's true: talking about freedom, about ethical issues, about responsabilities as well as convenience, is asking people to think about things they might rather ignore. This can trigger discomfort, and some people may reject the idea for that. It does not follow that society would be better off if we stop talking about these things.*" Tradução livre: O principal argumento para a expressão "software de código-fonte aberto" é que a expressão software livre faz com que algumas pessoas sintam-se desconfortáveis. Isto é verdade: falar a respeito de liberdade, sobre questões éticas, sobre responsabilidades, bem como a respeito sobre aquilo que convém, é pedir as pessoas a pensar as coisas que de outro modo elas ignorariam. Isto pode ocasionar desconforto e algumas pessoas provavelmente rejeitaram a idéia por isto. Porém, isto não implica que a sociedade seria melhor se nós parássemos de discutir estes temas. In Stallman, Richard M., Gay, Joshua e Lessig, Lawrence, op. cit., nota 169, p. 57.

376 "Sua intenção é promover o desenvolvimento e a difusão de tecnologias 'livres', impondo-se como um poderoso movimento de contestação e de articulação política." In Guesser, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 23.

que este traga uma proposta superior àquela. Neste contexto, qualquer proposta de reforma do sistema com a finalidades libertárias e emancipatórias é rapidamente associada às idéias marxistas e relegada ao plano das utopias.

Todavia, a proposta do software livre nada tem de utópica. A maior prova disso é que já existem softwares livres sendo desenvolvidos ao redor do mundo inteiro, os quais, gradualmente, vêm roubando parcelas de mercado anteriormente monopolizadas em caráter absoluto por softwares proprietários[377].

Esta competitividade do software livre dentro de um sistema de produção capitalista explica-se pelo fato de que, apesar de não ser desenvolvido segundo os moldes empresariais, o software livre é mais adequado ao capitalismo do que aquele sobre o qual recaem privilégios monopolistas[378]. É bem verdade que um dos pilares do capitalismo é a propriedade privada, todavia, também são pilares do capitalismo da livre iniciativa, livre concorrência e a plenitude de acesso às informações sobre o mercado, de modo que a outorga de monopólios sobre o conhecimento e privilégios na exploração de mercados, apenas chamada de propriedade sobre bens intelectuais, nada mais é do que uma afronta aos princípios básicos da produção capitalista. Assim sendo, nada mais lógico que o software livre torne-se de fato aquele de qualidade técnica superior e, portanto, o mais competitivo[379].

Porém, o software livre não é, como visto, uma simples continuidade dos preceitos capitalistas já consagrados. A proposta livre pretende-se um salto dentro do modo de produção capitalista. Com efeito, o capitalismo clássico, ao privilegiar somente os princípios acima estabelecidos enquanto um pragmatismo econômico, fomenta o individualismo e a formação de segmentos rivais dentro da

---

377 In http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6078016.stm.

378 "Que a política, a arte, a ciência, a língua, a produção e a troca, que quase tudo o que vincula só esteja estruturado, polarizado de cima a baixo de hierarquias e pirâmides por toda a parte reproduzidas com obstinação fractal, ao longo de redes indefinidamente ramificadas, pela busca e conservação do poder, eis o que caracteriza efetivamente as chamadas sociedades 'totalitárias'. E eis por que essas sociedades acabaram esterilizando toda vida econômica, artística e intelectual, eis por que se entregaram de modo descontrolado a massacres de massa e genocídios." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p. 80.

379 Curioso notar que em outros tempos foram os próprios empresários que reclamaram da restrição à liberdade de comércio imposta por estes privilégios monopolistas: "*The discontented murmuring of traders, merchants and manufacturers concerning the use of patents became the loud voice of criticism of monopolies by Parliament. The use of the royal prerrogative to interfere in matters of trade came to represent a deep intrusion on fundamental common law liberties.*" Tradução livre: Os murmúrios descontentes dos comerciantes, mercadores e manufaturadores a respeito do uso das patentes tornou-se uma forte voz de crítica dos monopólios outorgados pelo Parlamento. O uso da prerrogativa real de interferir em matéria de comércio passou a representar uma profunda intromissão em liberdades fundamentais da *common law*. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 35.

sociedade. A concorrência é entendida somente por sua faceta negativa, pela possibilidade de competição, de disputa, donde surgem vitoriosos e perdedores. Este espírito de guerra faz com que os indivíduos atuantes no mercado preocupem-se apenas com os resultados econômicos individuais, sem qualquer atenção ao bem estar comum[380].

Isto, em última análise, resulta em táticas de atuação no mercado cujo objetivo é simplesmente manter ou ampliar parcelas de controle, quaisquer que sejam os meios necessários para conquistá-lo. É em decorrência desta mentalidade estreita que os agentes econômicos ao invés de procurar o aperfeiçoamento de seus produtos ou serviços, buscam antes sabotar ou alijar os concorrentes, o que pode ser atingido de maneira mais segura e menos onerosa[381]. Estas ineficiências do sistema capitalista são conhecidas e, normalmente, busca-se reprimi-las através das leis de proteção ao consumo e à concorrência.

Dentro desta lógica é curioso perceber que as leis de propriedade intelectual encontram-se justamente na contramão da atuação estatal na regulação do que antes seria um capitalismo predatório. O liberalismo econômico puro propugnado por Adam Smith pregava a abstenção do Estado de interferir na economia. Imaginou-se que seria possível que a competição sozinha tivesse o condão de regular a atuação dos agentes de mercado e elevar a produção a níveis ótimos, através do que ficou conhecida como a mão invisível da economia. Percebeu-se, contudo, no início do século XX, que era necessária a intervenção estatal para reduzir certos vícios do liberalismo capitalista.

Foram então criadas as normas de direito *anti-trust*, bem como os princípios de direito econômico que pautavam a intervenção estatal na economia. A propriedade intelectual, contudo, não

---

380 "*Owners of large numbers of people do not need to innovate to create wealth. (...) The negative effects of information feudalism have involved intellectual property rights being deployed to lock up knowledge from competitors who might use it.*" Tradução livre: Donos de grandes números de pessoas não precisam inovar para criar riquezas. (...) Os efeitos negativos do feudalismo da informação envolvem direitos de propriedade intelectual sendo alocados de modo a trancar o conhecimento dos competidores que poderiam usá-lo. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 187.

381 "*The Commission wants Microsoft to provide rivals with enough information to develop software that could run as smoothly as its own on Microsoft's Windows operating system. (...) This is a case about abuse of dominant position, about refusing to provide information to vendors.*" Tradução livre: A Comissão quer que a Microsoft proporcione aos seus concorrentes as informações suficientes ao desenvolvimento de softwares que possam ser executados no Windows de maneira tão eficaz quanto os próprios softwares dela, Microsoft. (...) Este é um caso de abuso de posição dominante, sobre a recusa em prover o mercado com as informações necessárias à existência de concorrência. In http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4945230.stm.

apenas permaneceu ilesa às mudanças dentro do sistema capitalista, como foram implementadas mudanças que a fortaleceram, ainda que fosse diametralmente contrária aos princípios entendidos como fundamentais ao bom funcionamento da economia de mercado. Ou seja, não apenas o Estado permaneceu silente quanto as mazelas produzidas pelo sistema de monopólio do conhecimento, como trabalhou no sentido de fortalecer tais direitos, o que é um verdadeiro contra-senso.

O paradigma fundamental do software livre tem a ver com uma reforma ética e social do modelo de produção capitalista e da organização social como um todo. O foco passa a ser a cooperação, não a competição. Permanece a concorrência, a livre iniciativa, mas os competidores, a iniciativa privada, não mais devem ser pensados como guerreiros em um campo de batalha onde sobrevivem apenas os mais aptos, quaisquer que sejam suas armas. A competição é uma ferramenta ao bem maior da construção social, cujos princípios basilares são a colaboração e cooperação social. O bem comum é que deve receber a primazia, as situações jamais devem ser analisadas somente através de uma ótica individual. A competição sem regras e focada no individualismo leva a distorções sistêmicas, cujo grande exemplo é a outorga estatal de monopólios privados.

A proposta do software livre, destarte, não tem qualquer relação com uma sociedade ideal, muito distante do modelo que atualmente conhecemos. Longe de ser uma utopia, o software livre é na verdade o único caminho possível à sociedade para evitar o colapso da produção de inovações tecnológicas que a longo prazo ocorre quando se permite a apropriação privada de objetos essencialmente coletivos. O modelo atual de desenvolvimento de software caminha para a exaustão completa e para uma crescente escalada de medidas socialmente nocivas que privilegiem o status monopolista já detido por algumas empresas atuantes no mercado.

Qualquer que seja o modelo escolhido para o desenvolvimento de novos softwares é certo que algum nível de inovação ainda há de existir por um longo prazo. Todavia, apenas um dos modelos tem a capacidade de tornar máxima a produção de softwares, elevando, concomitantemente, sua qualidade técnica e a participação dos cidadãos de todo o mundo na construção social, através de escolhas estritamente democráticas, sem quaisquer óbices burocráticos ou hierárquicos. Neste sentido, pode-se afirmar que o software livre é de fato uma necessidade social, não apenas uma das possíveis escolhas.

4.2. Nova Sociedade, Velhas Leis

O direito é um retrato da sociedade e, neste sentido, é sempre uma imagem do que a sociedade era, de quais eram os seus valores, de como ela se encontrava organizada. Mas este passado da sociedade é que vai determinar seu presente e futuro. É nesse sentido que se pode falar que o direito, ainda que seja uma representação do passado de uma sociedade, tem um papel essencial na construção das bases para seu presente e futuro. Sendo assim, ainda que se possa dissertar a respeito de um papel de estabilização dos valores sociais e organização da sociedade, não são estas as facetas mais importantes do direito, mas sim sua grande influência na determinação, na modelagem da sociedade vindoura. Este é o viés principal que se tem em mente no presente capítulo.

Com efeito, os direitos de propriedade intelectual, como visto no início deste estudo, têm suas raízes na sociedade ocidental moderna, essencialmente ligada aos primeiros desenvolvimentos industriais, tais como a indústria tipográfica. Sendo no início abertamente conhecidos como privilégios industriais ou editoriais, tais direitos tiveram dois importantes papeis: (i) censura estatal a respeito do que era publicado e divulgado dentro de seu território; e (ii) controle e manutenção das boas relações com esta nova classe social em ascensão, qual seja, a burguesia. Assim, dentro da organização social vigente à época, por nefastas que fossem algumas de suas conseqüências, dentro da lógica absolutista este sistema de concessão de privilégios monopolistas encontrava-se plenamente adequado aos sistema de governo de então.

Isto, contudo, deixou de ser verdade já quando da Revolução Francesa, bem como das demais revoluções burguesas. Sob a ótica de uma sociedade que clamava como seus objetivos a liberdade, a igualdade e a fraternidade, a permanência de tais privilégios tornou-se algo desadequada. Todavia, a inadequação deste sistema monopolístico encontrava-se muito mais evidente no plano discursivo do que no plano econômico-social. Travestindo-se o nome dos então privilégios e criando-se uma justificação aceitável para a sua permanência, seu enquadramento dentro do sistema capitalista de então, ainda que contrário aos princípios do liberalismo econômico da época, não era de todo incompatível, vez que ia de encontro com os interesses da já estabelecida burguesia em manter seu poder, não sendo também

incompatível com a organização centralizada, hierárquica, estratificada da sociedade de então.

Em ambas estas sociedades, houvesse ou não direitos de propriedade intelectual, o povo permaneceria podado de quaisquer meios de participação social direta. A maior parte das pessoas encontrava-se excluída dos grandes avanços sociais, tecnológicos, científicos e culturais, permanecia completamente alheia aos acontecimentos que hoje estudamos como história. Os privilégios econômicos concedidos pelo Estado aos burgueses serviam apenas como meio de regulação e controle interno do poder individual da própria burguesia, o povo não era por eles afetado diretamente (apesar de permanecer excluído em grande parte pela distorção na competição criada por estes direitos que elevava os preços das mercadorias).

Mais ainda, é preciso ter bem claro que uma sociedade não se muda inteira da noite para o dia. Aqueles que haviam conquistado elevado poder econômico dentro de sua sociedade não facilmente deixariam que este poder fosse-lhes tomado. As chamadas Repúblicas Democráticas nada mais eram do que reflexo das conquistas burguesas, sendo evidente que estas conquistas jamais afetariam os interesses próprios desta classe. Aquilo que nos acostumamos a chamar de democracia sempre foi em verdade uma plutocracia, ainda que a sua forma fosse a republicana.

Todavia, este quadro começou a se alterar a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Com o avanço e barateamento tecnológico e a conseqüente profusão dos meios de telecomunicação e de comunicação em massa, a participação e inclusão social começaram a transformar-se. A cultura e a informação tornaram-se mercadorias e deixaram de estar local ou regionalmente restritas para tornarem-se globais. Também sua inserção social ampliou-se para atingir as classes mais baixas, conectando pessoas com realidades econômicas, sociais e culturais muito distintas.

Esta inclusão, entretanto, gerou uma mudança essencialmente quantitativa, não qualitativa. Isto porque apesar de haver uma nova pluralidade de participantes, sua participação permaneceu restrita à qualidade de ouvintes, leitores, espectadores. Ainda que se possa vislumbrar que estas mudanças trouxeram às camadas mais baixas, em nível global, novas possibilidades, pensamentos e vivências, inseriu-lhes uma cultura comum, propiciando um desenvolvimento individual do qual anteriormente encontravam-se despidos, todos estes novos incluídos exerciam apenas o papel passivo na relação de

comunicação social e cultural.

Com este aumento de participação, elevou-se também a incoerência da presença de privilégios intelectuais dentro de uma sociedade onde cada vez mais a informação mostrava sua faceta de mecanismo de poder. Aqueles que detinham os meios de divulgar e fazer uso das informações exerciam um crescente poder de manipulação e controle social. Neste sentido, era incompatível com os ideais democráticos a permanência destas restrições ao uso do conhecimento. Contudo, as leis de propriedade intelectual ainda permaneciam como uma ferramenta de regulação interna daqueles que tinham os meios econômicos de participar do pólo ativo do processo de comunicação social, tendo somente efeitos indiretos (pela elevação artificial do custo de acesso ao conhecimento) sobre o número de participantes do pólo passivo desta relação.

No final do século passado, contudo, esta mudança iniciada no pós-guerra realizou um salto qualitativo. As tecnologias de tratamento digital da informação disseminaram-se em caráter quase que pandêmico por todo o mundo e em um curto lapso temporal um número muito elevado de pessoas entrou em contato íntimo com ferramentas tecnológicas importantíssimas, dentre as quais destaca-se o computador. Aquilo que muitos cidadãos comuns entendiam como sendo apenas uma máquina de escrever aprimorada ou uma nova bugiganga tecnológica e que os empresários do ramo acreditavam ser apenas do interesse das instituições organizadas, provou ser uma invenção revolucionária a partir do momento em que foi inventado um modo interligar estes equipamentos de forma a propiciar sua comunicação direta, a internet.

Há apenas quinze anos, pouquíssimas pessoas tinham conhecimento de sua existência ou sequer tinham um email, ainda que se considere somente a elite econômica dos países desenvolvidos. Hoje, praticamente não existe quem já não tenha se aventurado ao menos uma vez por seus mares, excetuando-se somente os mais miseráveis nos países subdesenvolvidos, completamente privados de qualquer contato social. Em seus primeiros anos de ampla difusão, os anos noventa do século passado, poucos eram os que percebiam as mudanças fundamentais que esta nova ferramenta possibilitaria à sociedade em nível global.

Muitos pensaram que seria apenas uma outra forma de correio, nem tão confiável, nem muito

elegante. Outros mais ousados entenderam que esta seria a forma de comércio do futuro e rapidamente migraram para este novo patamar da atividade empresarial, o *e-business*. Com baixas somas de investimento inicial, empresas iniciadas no fundo de um quintal rapidamente tornaram-se algumas das mais ricas do mundo a partir da exploração deste novo mundo de comunicações.

Demorou, entretanto, para que a sociedade se desse conta da principal mudança possibilitada pela internet pela primeira vez na história. Começou com as salas de bate-papo, seguidas pelos mensageiros instantâneos (ICQ, MSN), ao que se somaram os primeiros programas de compartilhamento de dados (Napster, Morpheus). Mesmo com estas mudanças, contudo, poucos eram os que percebiam as suas reais implicações. Grande parte das pessoas ainda guardava um certo preconceito ou receio contra estas novas tecnologias. Os usuários eram tidos como "*nerds*" ou "*geeks*" em um sentido pejorativo destes termos. Havia até mesmo aqueles que propagavam discursos a respeito dos males sociais que estas tecnologias continham, dizendo serem elas formas de isolamento, barreiras ao convívio social, alienantes em sua essência e acima de tudo viciantes. Não era incomum pais incomodados com o tempo excessivo que seus filhos passavam "brincando" com aquelas máquinas. Para aqueles que tinham crescido e amadurecido no mundo antigo era muito difícil desprender-se dos seus patamares seguros para aventurar-se neste novo mundo.

Aos poucos a sociedade foi se conscientizando. A internet, ao contrário do que muitos temiam e diziam, aproximava as pessoas, não afastava. O diálogo cultural, que durante toda a história da humanidade fora espacialmente restrito e recentemente havia sido globalizado apenas de forma passiva, agora passava a ser plenamente global a um nível individual e pleno.

Durante toda a história os indivíduos conviviam e dialogavam somente com aqueles espacialmente ligados a eles. Nos primórdios, alguém que nascesse no oriente médio, provavelmente jamais teria qualquer conhecimento a respeito dos povos que viviam ao seu redor, na África, na Ásia ou na Europa. Os tempos do nomadismo já haviam passado, os povos encontravam-se territorialmente assentados e o mundo conhecido por cada um deles era muito restrito.

Grande exemplo disso são os épicos das Grécia Antiga. Os bravos guerreiros de Aquiles, assim como os fiéis companheiros de Ulisses, realizaram feitos à época tidos como heróicos sem desbravar

mais do que alguns poucos quilômetros do Mar Mediterrâneo. Ainda assim, levou vinte anos para que Ulisses conseguisse retornar para o seu (nem tão) distante reino de Ítaca. Moisés conseguiu ficar perdido por outros quarenta anos no seu caminho do baixo Nilo até o povoado próximo de Canaã, distante apenas algumas dezenas de quilômetros de sua localização original.

Com o decorrer dos séculos, as tecnologias ligadas ao transporte de pessoas e mercadorias evoluíram o bastante para aproximar, ao menos comercialmente, povos que anteriormente tinham muito pouco contato. As grandes navegações que marcaram o início da Idade Moderna tiveram o efeito indireto de realizar uma aproximação cultural dos povos, uma miscigenação étnica e um maior contato dos indivíduos com pessoas de lugares distantes do seu ambiente original. Esta aproximação foi ainda maior quando da invenção do avião que aumentou a velocidade das relações culturais entre os diferentes povos, bem como permitiu que um único individuo (e muito mais deles), ao longo de sua vida, tivesse contato com uma gama muito distinta de religiões, etnias e culturas.

Todavia, em todo este tempo houve uma grande barreira sócio-econômica a este diálogo cultural. Grande parte das pessoas em um país conheciam apenas em um nível muito superficial os diferentes povos de outras regiões do globo. Sabia-se da existência de diferentes culturas, mas todas lhes pareciam estranhas, diferente, alheias, alienígenas.

Os brasileiros, por exemplo, tinham conhecimento da existência de um povo denominado inglês, mas grande parte dos brasileiros jamais viria a ver ou ouvir um inglês, assim como os ingleses também desconheciam o que era esse tal país chamado Brasil. As informações que ambos tinham da cultura alheia era somente aquela que podiam obter através das mensagens divulgadas em massa por uma reduzida parcela de atores sociais. O conhecimento era sempre indireto e interpretado. Havia sempre um intermediário que selecionava os conteúdos que atingiriam a população, a informação podia e era inevitavelmente manipulada.

Este intermediário exigia para si um monopólio sobre as informações que divulgava, fosse através da forma escrita, oral ou visual e a sociedade lhe outorgava este privilégio, pois não parecia haver uma grande diferença em conceder ou não. Se este alegava que somente desta forma é que seria possível realizar sua atividade e trazer as tão preciosas informações para o público ávido por

conhecimento, nada mais lógico do que dar-lhe estes meios.

A internet, contudo, mudou os paradigmas do diálogo cultural. Através dela, qualquer um dos participantes, dos navegadores, tornou-se um agente de difusão de conhecimentos. O diálogo cultural passou a ser feito de forma direta. Os primeiros exemplos, como dito, foram as salas de bate-papo, os mensageiros, mas estes propiciavam somente o diálogo cultural ao nível interindividual. Os cidadãos mundo afora poderiam se comunicar diretamente com um número determinado e reduzido de interlocutores. Assim, permanecia central o papel dos meios empresariais de comunicação e massa no diálogo difuso de conhecimentos.

Porém isto logo mudou quando do advento dos programas e sites de comunicação de massa interindividuais. Programas como o Napster e sites como o MySpace, o PureVolume, o Youtube, a Wikipedia, o Flickr, os blogs, os flogs, e os fóruns de discussão em geral tornaram possível a cada um dos indivíduos, a partir de tecnologias cada vez mais economicamente acessíveis como câmeras digitais, máquinas fotográficas, microfones e leitores de CD/DVD, entrar em contato com um número indeterminado e indeterminável de outros indivíduos, tornando, portanto, cada um deles atores neste novo cenário de comunicação social possível. Neste mesmo quadro, o software livre aumentou sua popularidade, atraindo um número crescente de usuários/desenvolvedores, interessados na participação catalizada por estas duas tecnologias abertas.

Foi então que os interesses sociais começaram a chocar-se frontalmente com as leis que concediam monopólio sobre o conhecimento. Os indivíduos, ao desbravarem este novo mundo de possibilidades, freqüentemente depararam-se com normas de propriedade intelectual que artificialmente lhes vedavam a participação neste pólo ativo do diálogo cultural.

Estando acostumados a comprar, revender, emprestar e tomar emprestados livros, descobriram que era ilícito fazê-lo pela internet. Querendo eles buscar fotos para trabalhar e criar, descobriram ser ilícito delas fazer uso em composições próprias. Desejando elaborar vídeos em suas casas a partir da junção de elementos da cultura comum, descobriram que estavam violando interesses de terceiros referidos direta ou indiretamente. Foram avisados também que quando tomavam um LP emprestado para tocar em uma festa de aniversário sua atividade era legítima, assim como quando tocavam uma

conhecida música para animar esta mesma festa, entretanto, quando tomavam emprestadas estas músicas através da internet, estavam prejudicando a sociedade e se compunham versões próprias das composições de terceiros, estes terceiros ao invés de sentirem a devida lisonja de ter suas obras popularizadas e reinterpretadas, sentiam-se agredidos em seus direitos sobre a composição. Se seus computadores quebrassem e eles, desmontando-os, conseguissem solucionar o problema, não haveria qualquer mal, situação muito diferente se tentassem solucionar por si mesmos algum *bug* do software utilizado em seus computadores.

Por mais que se tente reprimi-las, contudo, estas condutas não deixam de ser cada vez mais praticadas por um número sempre crescente de usuários. Isto acontece pois a sociedade a cada dia vem se conscientizando da chance única que atualmente tem de conhecer-se e inventar-se sem a presença de intermediários, de auxiliadores[382]. Não existe mais sentido em uma divisão estrita entre produtores de conhecimento e consumidores dele. Cada um dos receptores do conhecimento é ao mesmo tempo uma nova fonte a um número sempre indeterminado de novos receptores que também a ele serão produtores e difusores.

Os músicos não necessitam das gravadoras para divulgarem seu trabalho[383], basta acessarem o MySpace para conseguirem divulgar seu trabalho a um sem número de ouvintes; podem ainda distribuir suas músicas através de softwares livres como o Emule ou o BitTorrent, que exploram ao máximo o potencial físico de transmissão de dados pela rede. Os ouvintes, por sua vez, têm contato direto com aquilo que está sendo produzido no mundo da música e podem a seu critério, não segundo o das gravadoras, escolher aquilo que querem ouvir em seus tocadores de bolso. Some da relação músico-público o intermediário que muitas vezes cerceia a criatividade musical das bandas em prol daquilo que ele entende ser o mais vendável. Os músicos, por sua vez, podem vender suas composições ou receber doações de seus fãs mais fiéis, podem também apresentar-se sem o intermédio necessário de uma

382 "Pois é precisamente quando o coletivo não conhece a si mesmo, não controla sua própria dinâmica e não consegue produzir enunciados complexos que um poder é 'necessário'. Para se manter, esse poder procura incessantemente impedir o surgimento de uma inteligência coletiva que levaria a comunidade a prescindir dele." In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, p. 78.

383 J. LANIER diz que "*In the digital era it costs nothing to ship your music over the Internet to a fan. So the biggest reason for labels just went away.*" Na era digital não há qualquer custo em enviar músicas pela internet para um fã. Portanto, a maior razão para os selos deixou de existir. In *Piracy is Your Friend*, in *New York Times*, New York, 9 de maio de 1999, acessível pelo site: http://www.maui.net/~zen_gtr/zgzinepg4.html.

gravadora que lhes irá consumir a maior parte da renda propiciada por suas composições.

O mesmo vale para as demais produções culturais, quer sejam visuais, audiovisuais, estáticas ou dinâmicas, ou mesmo as escritas. Nem fotógrafos, nem escritores, nem desenhistas, nem pintores, nenhum deles precisa mais de um intermediário em sua relação com o público. E o público não mais encontra-se plenamente diferenciado dos produtores de conhecimento. Cada indivíduo singularmente considerado é incentivado a aventurar-se pelos campos do conhecimento com que sentir maiores afinidades. Pode aproximar-se daqueles que têm interesses e idéias comuns, bem como pode conhecer suas diferenças. Não existe mais uma prisão espacial ao diálogo cultural, nem uma restrição qualitativa de acesso ao conhecimento. A partir de agora todos podem a qualquer momento se aventurar pelo mundo da informação. A humanidade encontra-se muito mais ligada e próxima de si mesma do que nunca.

Entretanto, permanecem os privilégios intelectuais como grandes óbices ao diálogo multicultural e pluri-individual. A sociedade mudou radicalmente, mas o direito ainda é baseado em noções e pensamentos anacrônicos, mais do que nunca inadequados à sociedade que pretendem regular. Aquilo que anteriormente era somente uma forma de regulação das riquezas e da competição entre os intermediários (empresários do conhecimento), agora é uma grande muralha que isola de muitos, aquilo que ao longo da história foi deles retirado[384].

Como se disse acima, entretanto, não é apenas este caráter negativo dos direitos de propriedade intelectual sobre a sociedade que aqui se busca afirmar. O seu principal caráter é aquele positivo, de construção de um determinado tipo de sociedade, não apenas de manutenção dos privilégios a ela pré-existentes.

A internet, o software livre, a Wikipedia, e os demais sites colaborativos são todos frutos do trabalho conjunto, aberto ao acesso de qualquer um que por ele se interesse, o qual ainda nega a possibilidade de controle por qualquer indivíduo isoladamente. O princípio que rege todos estes

384 "*The exchange, circulation and communication of information among people is fundamental to the way democracy works. The more power over the price of information a society places in the hands of intellectual property owners, the more it checks its citizenry from informing itself.*" Tradução livre: A troca, a circulação e a comunicação das informações entre as pessoas é fundamental ao modo de funcionamento da democracia. Quanto mais poder sobre o preço da informação uma sociedade deposita nas mãos dos donos de direitos de propriedade intelectual, mais ele priva seus cidadãos de informarem-se. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 4.

diferentes meios de interação social é o mesmo: liberdade de participação. Todos são convidados a estudar, desenvolver e criar aquilo que pertence em comum à toda a humanidade: o conhecimento. De acordo com o interesse e habilidade individuais cada um encontra um diferente grau de reconhecimento por seus pares e uma distinta importância dentro da comunidade. Não se pretende qualquer igualitarismo. As diferenças permanecem, contudo, elas são determinadas de acordo com a capacidade e interesse individuais presentes por cada uma das diferentes áreas possíveis de desenvolvimento, não segundo critérios burocráticos, hierárquicos ou centralizantes de distribuição de competências.

Esta sociedade somente é possível na medida em que existe abertura, liberdade. Todavia, a crescente escalada de direitos intelectuais e de medidas tecnológicas de segregação do conhecimento têm nos dirigido para um outro modelo de sociedade, centralmente controlada, muito distante dos princípios democráticos e muito próxima dos ideais de um líder totalitário. O que a ideologia livre pretende é apenas tornar possíveis sempre um número indeterminado de caminhos, ainda que a sociedade somente possa trilhar um deles. Porém, em um mundo onde vige a norma do segredo e do monopólio, o único caminho possível é aquele centralmente escolhido por um indivíduo ou um pequeno conjunto deles, sem qualquer corroboração da sociedade.

4.3. A Inteligência Coletiva

Como bem suscitou Denys Arcand, através de sua personagem Pierre, na obra cinematográfica Les Invasions Barbaries, em um jantar em que o seu grupo de amigos está reunido por conta da enfermidade que acomete o protagonista Rémy, oportunidade em que as personagens estão a reanalisar suas próprias deficiências de personalidade em vida: "*(...) l'intelligence n'est pas une qualité individuel, est un phénomène collectif, national et intermittent*"[385].

A mesma concepção da inteligência pode ser, em parte, inferida da teoria junguiana a respeito do inconsciente coletivo. Para C. G. Jung, todas as idéias possíveis à psiquê humana já se encontram

385 Tradução livre: (...) a inteligência não é uma qualidade individual, é um fenômeno coletivo, nacional e intermitente. In Canadá, Astral Films, 2003.

expressas de maneira simbólica no que ele denominou inconsciente coletivo[386]. Desta forma, nenhuma idéia há que seja particular de um único ser humano, todas são elaborações codificadas em linguagem verbal a partir de um fundo comum coletivo de imagens simbólicas. Esta é a razão pela qual é possível haver a compreensão por outros seres humanos das idéias que a principio parecem ser individuais, vez que expostas por um dado agente em caráter de primariedade.

Ambas estas assertivas são importantes para esclarecer qual a idéia que se intenta propor no presente subcapítulo, ainda que nenhuma delas contenha completamente o que aqui se quer expressar. Tais idéias, mesmo que reforcem a tese de um caráter coletivo da inteligência, têm maior serventia ao argumento aqui desenvolvido por suas incongruências com a proposta abaixo.

Quando Pierre emitiu sua opinião a respeito da inteligência, tomava-a em um sentido restrito, como oposta à normalidade ou à falta de inteligência, por isto intermitente. Segundo seu raciocínio, em dados locais e momentos históricos houve as condições necessárias para que uma coletividade fosse agraciada com este fenômeno da inteligência, ao passo que em todo os espaços e tempos restantes estivemos obscurecidos em completa mediocridade.

Por outro lado, a teoria junguiana, apesar de tratar o inconsciente coletivo como pertencente à humanidade como um todo, afirma que não são todos os indivíduos que se encontram preparados para o contato com este inconsciente. Todos são estrutural e potencialmente capazes de conhecer do inconsciente coletivo, mas muito poucos são os que ao longo da vida amadurecem suas psiquês o suficiente para perceberem os conteúdos provenientes deste subnível psíquico e menor ainda é o número daqueles que são capazes de lidar com estes conteúdos sem que haja um inundamento dos conteúdos coletivos em suas consciências, destruindo a personalidade e aprisionando o self[387].

---

386 "Do mesmo modo que um indivíduo não é apenas um ser singular e separado, mas também um ser social, a psiquê humana também não é algo isolado e totalmente individual, mas também um fenômeno coletivo. (...) Na psiquê coletiva abrigam-se todas as virtudes específicas e todos os vícios da humanidade e todas as outras coisas. Alguns se apropriam da virtude coletiva como de um mérito pessoal, outros encaram o vício coletivo como uma culpa que lhes cabe. As duas posições são tão ilusórias quanto a mania de grandeza e o sentimento de inferioridade." In JUNG, op. cit., nota 272, pp. 22 e 24.

387 "Pelo fato da psiquê coletiva compreender as '*parties inférieures*' das funções psíquicas, constituindo a base da personalidade, poderá esmagar e desvalorizar a personalidade; tal ocorrência manifesta-se na inflação, que sufoca a autoconfiança ou intensifica a importância do ego, levando-o eventualmente a uma patológica vontade de poder." In JUNG, op. cit., nota 272, p. 22.

A proposta de Pierre destoa da deste trabalho na medida em que implica uma concepção muitíssimo restrita do fenômeno inteligência. A idéia que permeia este capítulo e trabalho é focada na concepção da inteligência como uma escala, não um acontecimento esporádico. Assim, em todas as épocas e lugares onde existiu, existe ou existirá uma coletividade de seres vivos, ainda que não humanos, há inteligência, mas esta inteligência varia em grau conforme as condições de diálogo existentes. Neste sentido, não há que se falar na intermitência da inteligência coletiva como se falaria da chuva que ora chove ora não. A imagem ideal é antes a dos ventos, que podem ser tornados ou brisas, mas que jamais estão perfeitamente estáticos desde que haja o seu elemento essencial: o gás (no nosso caso dois ou mais seres vivos).

A proposta junguiana, por sua vez, não contradiz a tese aqui apresentada, mas pode dar argumento a uma tese contrária. Partindo do pressuposto de que todas as idéias fazem parte de um fundo humanitário comum, mas que apenas algumas pessoas desenvolvem a competência para lidar com os conteúdos deste fundo traduzindo-os em linguagem verbal, acessível e inteligível racionalmente aos demais, a idéia de uma centralidade da figura do autor/inventor/criador, a quem a coletividade deve estar agradecida, pode ser reforçada em uma má interpretação.

A teoria junguiana, entretanto, tem como fundamento o princípio de que as pessoas somente podem realizar-se verdadeiramente através do processo de individuação, o qual requer o contato da consciência com os conteúdos provenientes do inconsciente coletivo. Desta forma, aqueles que puderam lidar com estes conteúdos já se encontram em situação extremamente privilegiada em comparação com a miséria dos demais que ainda encontram-se presos a uma imaturidade psíquica elevada, não havendo, pois, que se falar na justeza de uma dívida destes miseráveis para com os privilegiados. Não somente. Também há que se lembrar que os indivíduos mais amadurecidos lograram este amadurecimento caminhando por conteúdos humanitários comuns, ou seja, públicos, de modo que pode-se louvar-lhes a caminhada, mas jamais lhes será lícita a apropriação dos caminhos.

Assim como os indivíduos amadurecem através da superação dos conflitos pelos quais passam em suas vidas, também as sociedades desenvolvem-se a partir das soluções que encontram para seus entraves. Influi diretamente na capacidade social de criar tais soluções a sua forma de organização

econômico-política. Também a eficiência com que se produzem as respostas necessárias às dificuldades enfrentadas pela sociedade é diretamente afetada por sua forma de organização[388].

As sociedades tribais, organizadas em famílias ou clãs agregados por um patriarca ou ancestral comum, por encontrarem-se extremamente limitadas em seu capital humano, implicam que cada um de seus elementos individuais, ou no máximo cada uma de suas famílias, deverá ser capaz de prover todas as suas necessidades básicas. A divisão de tarefas é precária, pautada em critérios de idade e sexo (homens caçam e lutam; mulheres cuidam da prole e das tarefas de habilidade manual; anciãos resolvem os conflitos internos e tomam decisões de caráter geral). Não há qualquer possibilidade de que os indivíduos explorem suas próprias aptidões. Preocupações com a alimentação e com a segurança são comuns e constantes à todos os participantes. Estas preocupações diárias e primárias com a sobrevivência imediata impedem a reflexão em nível individual e social, de forma a implicarem que também serão imediatistas as soluções buscadas para cada um dos problemas (caça, pesca, luta, nomadismo).

As dificuldades de sobrevivência impostas pelo meio já são conhecidas socialmente (chuvas, secas, mudanças das estações, migração dos animais, assaltos de outros agrupamentos tribais vizinhos, doenças, etc.), como também são conhecidas as soluções que anteriormente foram eficazes na superação de cada uma destas crises. Estes conhecimentos são valiosos à continuidade da sociedade e por isto são transmitidos de geração a geração, através dos mitos, lendas e contos de curta duração e fácil memorização. As soluções, entretanto, são extremamente simplistas a ponto de todos os participantes da sociedade conhecerem-nas todas ao longo de suas breves existências. A inovação e ampliação dos conhecimentos dentro da sociedade dá-se de forma vagarosa e episódica.

Eventualmente, entretanto, acontece de uma destas tribos, privilegiada por condições de sobrevivência específicas, aumentar consideravelmente o seu porte e capital humano próprios, o que é feito também através de alianças ou guerras com tribos vizinhas. Com este aumento de porte, contudo, as soluções herdadas dos ancestrais passam a não mais resolver as dificuldades de forma satisfatória. A sociedade torna-se grande demais para estar migrando a todo o tempo, não é mais tão simples viajar em

388 "Quanto melhor os grupos humanos conseguem se constituir em coletivos inteligentes, em sujeitos cognitivos, abertos, capazes de iniciativa, de imaginação e de reação rápidas, melhor asseguram seu sucesso no ambiente altamente competitivo que é o nosso." In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, p. 19.

conjunto (as viagens tornam o agrupamento vulnerável a ataques de saqueadores, animais, doenças e os velhos e as crianças retardam o grupo). A caça e a pesca, porém, já não suprem a demanda de alimentos da sociedade: além de existir um baixo número de animais para serem consumidos, estas atividades extrativistas estão sujeitas a desvios de produtividade que não são facilmente contornáveis em uma sociedade de maior porte. É este mesmo porte que também irá sinalizar às demais tribos para as chances de existirem mais riquezas concentradas em suas terras, o que resultará em constantes tentativas de invasão de saqueadores.

Da confluência destes fatores é que a sociedade atenta para a necessidade de se antecipar aos seus problemas e criar soluções que a preparem de antemão a combatê-los. Desta antecipação na busca por soluções e da necessidade de enfrentar os problemas (uma vez que o nomadismo já não é mais uma alternativa viável) é que surge a agricultura e a pecuária para darem conta das demandas por alimentos e destas atividades é que surge a possibilidade de uma nova divisão de tarefas.

Com efeito, diferentemente do que ocorre com a pesca e a caça, onde cada um dos indivíduos é capaz tão somente de alimentar a si mesmo e à sua família, a agricultura e a pecuária tornam possível que uma parcela reduzida de indivíduos alimentem todo o restante da sociedade. Desta forma, o grupo de remanescentes pode dedicar-se a outras atividades (guerra, comércio, educação, construção civil, etc.), desde que lhes seja garantido o alimento. Ocorre, portanto, uma nova divisão das tarefas que ainda contém resquícios da antiga divisão baseada em critérios de sexo e idade, mas agora com potencial maior de especialização de cada um dos indivíduos. Como agora nenhum dos indivíduos provê todas as suas necessidades básicas, passa a ocorrer a troca de bens e a circulação de mercadorias dentro da própria sociedade, o comércio. Inicialmente ela é realizada através do simples escambo, mas com o tempo os indivíduos percebem a necessidade da criação de um valor de troca que facilite as transações, a moeda.

Para realizar estas culturas agrícola e pecuária torna-se vital um novo elemento: o território. Anteriormente, os homens não tinham uma noção bem definida de território, migravam pela Terra assim como os demais animais, em busca dos locais onde melhor pudessem satisfazer suas necessidades primárias. Território nada mais era do que o local presentemente ocupado fisicamente por uma

comunidade. Os seus arredores, bem como os locais anteriormente ocupados não lhes diziam respeito, assim como o atual, no futuro, não mais lhes diria também. Não há o conceito de fronteiras ou propriedades, qualquer local pode ser temporariamente ocupado por qualquer um.

Agora não mais. Com a sedentarização das sociedades e com a necessidade de ocupação contínua de espaços mais amplos para a atividade agropecuária, surge então o território e a fronteira, bem como a necessidade de protegê-los de invasores. O ser humano precisa proteger os seus rebanhos e os seus plantios, tanto dos saqueadores de outros povos, como dos animais. A identificação comunitária que anteriormente era concentrada na figura do patriarca comum, agora é focada em uma região limitada do espaço. A relação de identidade/alteridade não mais encontra-se calcada em uma linhagem comum, que com o crescimento da sociedade é impossibilitada (já não é possível saber qual a relação de parentesco entre quaisquer dois indivíduos de uma mesma comunidade), mas em uma ligação espacial, pertença territorial. O idioma e a cultura, não a etnia, determinam a relação entre dois indivíduos.

A proliferação de partícipes aliada à divisão de tarefas proporciona a oportunidade para uma exploração consciente e especializada do ambiente em que o ser humano habita e a sobreprodução dos alimentos conseguida por meio da agropecuária implica um ócio social que torna a sociedade melhor organizada em responder com eficácia os problemas futuros. Aqueles que não precisam preocupar-se com as tarefas imediatas do quotidiano podem dedicar-se a tornar mais eficientes os conhecimentos já existentes na sociedade. Nesta nova fase ainda é possível que um indivíduo domine todos os conhecimentos existentes em sua sociedade, mas nenhum efetivamente domina, pois não há interesse imediato em conhecê-los todos, mas há um interesse óbvio em especializar-se e inovar dentro de um campo mais limitado.

Ainda que claramente superior à organização anterior, esta nova forma ainda encontra-se muito ligada àquela. É por isto que as divisões de tarefas internas à sociedade são realizadas de acordo com critérios ineficientes herdados de tempos mais remotos, como o sexo, a idade e o laço sangüíneo. Assim é que famílias, clãs e castas tornam-se detentoras de certas atividades. Um poder central divide as competências para a realização de cada uma destas atividades de forma relativamente estanque. O crescimento das sociedades dá-se de forma estável e linear, por isto consolida-se nas mãos de alguns

poucos grupos grandes poderes sobre terras e pessoas. As famílias que dominam as terras onde são produzidos os alimentos também tem o capital necessário para comprar pequenas milícias que lhes assegurarão pela força a permanência deste poder. Não existe concorrência e, portanto, não há estímulo a inovação, visto que esta não traria qualquer benefício real aos que já se encontram no poder.

Em um momento ulterior, quando estas sociedades já se encontram bem estabelecidas em determinado território, com seus grupos bem organizados internamento para suprir as necessidades sociais imediatas e de um futuro próximo, uma nova atividade torna-se possível: a expansão extra-territorial. Esta expansão aqui não é entendida apenas no sentido militar (apesar de ela também encontrar-se presente), que já existia no momento anterior, mas principalmente no sentido comercial.

Encontrando-se saturado o mercado interno de determinados produtos e carecendo de outros, alguns grupos de indivíduos passam a explorar o comércio com outros povos como forma de obter lucros diferenciados com produtos escassos em seu território original. Desenvolvem-se então os meios de transporte que agilizam as trocas entre as diferentes nações, tornando instável o poder anteriormente exercido por algumas famílias dentro de uma sociedade. A competição com famílias de outros territórios dá primeiro início a muitas guerras e depois torna-se um importante fator na reorganização da produção, surgindo então um importante estímulo à inovação.

As constantes guerras enfraqueciam tanto perdedores como vencedores, tornando ambos presas fáceis a terceiros invasores do mercado. Por isto, a guerra foi percebida como meio secundário de solucionar o problema, viável apenas em caráter imediato, mas maléfica a longo prazo. Para que pudessem especializar-se ainda mais em suas atividades produtivas, estes clãs logo perceberam que deveriam restringir suas preocupações à produção, deixando a cargo de outro a proteção de suas terras. Este outro, responsável pela proteção de todos os clãs pertencentes a um mesmo território, somente poderia ser o Estado.

A superação da produção dos concorrentes inicialmente foi intentada através da otimização das capacidades individuais dos produtores. Todavia, logo percebeu-se que estas capacidades eram bastante limitadas e novas saídas deveriam ser procuradas. Surgiram então as alianças entre os diferentes clãs, outrora inimigos, em prol de benefícios mútuos. A primeira tentativa mais lógica seriam ampliar a

capacidade individual de cada trabalhador. Isto foi conseguido com o aprimoramento das ferramentas de auxílio ao esforço humano, dando origem a uma profusão de pequenas invenções.

As famílias ou clãs, todavia, eram muito restritos para conseguirem dedicar-se de forma eficiente à busca de novas soluções e foram gradualmente perdendo espaço para grupos menores, organizados em torno de habilidades e características individuais, não de heranças cegas à personalidade dos herdeiros. Estes agrupamentos são o que chamamos de empresas e são caracterizadas por uma nova divisão de competências para as tarefas sociais não mais pautada em sexo, idade ou sangue, mas na eficiência em realizar determinada tarefa.

A palavra de ordem neste novo espaço é a livre-iniciativa. Todos são livres para dedicar-se a quaisquer atividades, mas apenas conseguirão exercê-las aqueles que foram eficazes em sua execução. Não há qualquer garantia de que o poder que um agrupamento hoje detém seja mantido no futuro vez que existe uma concorrência latente interior e exterior. Portanto, para manter seu domínio um agrupamento deverá ser capaz de planejar-se e estruturar-se a longo prazo.

A especialização da produção e ampliação das capacidades humanas conseguidas através de instrumentos mecânicos elaborados dá origem a um ágio produtivo que propicia toda uma nova organização social com foco nas invenções, nos produtos de segunda necessidade, no comércio ligado as máquinas. Este ágio na produção não pode ser vendido dentro do mercado interno apenas, pois geraria deflação dos preços e prejuízos aos produtores, de forma que o comércio internacional passa a ser a praxe.

Este intercâmbio de mercadorias entre as diferentes nações rompe com a barreira anterior do território, das fronteiras. Mercadorias e pessoas voltam a circular pela Terra, agora com a agilidade proporcionada pelo desenvolvimento dos meios de transporte. Isto faz com que atenuem-se as relações de identidade espacial, apesar de não desaparecerem por completo, dando lugar a uma nova relação interindividual baseada na capacidade de consumo. O que assemelha os indivíduos (mas também os diferencia) não mais é a sua origem espacial, mas os produtos que consomem, a posição econômica em que se encontram dentro da sociedade compreendida de uma forma global.

Este novo momento, entretanto, herda dos dois primeiros uma estrutura de organização: a

hierarquia. Diferentemente do mundo tribal onde os chefes eram dispostos de acordo com a relação mais próxima com o ancestral comum em contraposição a todos os demais a ele submissos, bem como do mundo sedentário onde diferentes escalas hierárquicas foram desenvolvidas, mas os postos eram transmitidos de acordo com critérios sangüíneos, o mundo das mercadorias encontra-se dividido segundo as competências individuais. Todavia estas competências são centralmente estabelecidas por um chefe ou um grupo de líderes e de acordo com suas capacidades para organizar suas empresas é que tornam-se mais ou menos eficientes em suas atividades. A habilidade é o critério de seleção apenas no topo da escala hierárquica, o que é assegurado pela concorrência, mas os demais postos hierárquicos são distribuídos de acordo com critérios subjetivos daqueles que ocupam o topo.

A exploração competitiva das habilidades de produção cataliza exponencialmente as capacidades produtivas da sociedade, ao mesmo tempo que torna possíveis e desejáveis as atividades de criação e inovação. Não apenas os indivíduos dispõem agora do tempo necessário para repensar as soluções já estabelecidas coletivamente, como a própria sociedade passa a encarar esta atividade como primordial ao seu crescimento, sendo, pois, premiada socialmente através de melhores rendimentos, bem como por meio do reconhecimento pessoal individual. As grandes fortunas já não mais se encontram diretamente relacionadas à propriedade imobiliária ou à extensão territorial dos países, mas à sua eficiência inovativa.

A pluralidade de especialidades dentro de um mesmo grupo social iniciada no território, atinge no mundo das mercadorias um novo patamar. Se a sociedade tribal é caracterizada por um conhecimento coletivo simétrico em todos os seus elementos e a territorial por uma diferenciação de especialidades, todavia unificável por qualquer interessado, na mercadológica a pulverização de conhecimentos é tão agigantada que é impossível que um único indivíduo ao longo de sua existência adquira todos os conhecimentos existentes na sociedade em que vive, mesmo porque a agilidade com que o conhecimento se transforma o tornaria altamente defasado dentro de um curto lapso temporal. Assim, as pessoas passam a ter conhecimentos altamente especializados em um único ramo do saber em contraposição a uma vaga idéia genérica de todos os demais saberes existentes.

Toda esta evolução das sociedades que aqui vem sendo apresentada não se pretende histórica,

visto que seria ingenuidade acreditar poder-se resumir em tão curtas palavras todo um desenvolvimento que custou milênios, nem se poderia acreditar que as razões apresentadas são exaustivas sobre o assunto. Esta análise nem sequer é proposta em caráter de originalidade neste trabalho, ela foi primeiramente exposta por P. LÉVY[389], e encontra aqui apenas um reduzido eco, cujo único fim é esclarecer o que se imagina por inteligência coletiva.

O desenvolvimento do saber na sociedade organizada em torno do comércio de mercadorias deu origem a duas importantes tecnologias, capazes de transformarem novamente o mundo[390], quais sejam, as tecnologias de tratamento digital da informação[391] e as de compartilhamento de dados[392] (o computador e a internet). Como dito, as três formas de organização social anteriores (terra, território e mercadorias) têm em comum a hierarquia. Cada uma destas formas têm uma hierarquia específica, a qual condiciona a transmissão dos conhecimentos dentro da sociedade. Também cada uma delas pode ser caracterizada segundo um modo específico de comunicação do saber social: a oralidade (sociedade nômade), verbo fisicamente fixado ou escrita (sociedades sedentarizadas nos limites de um território) e telecomunicação (sociedade de mercado).

Tanto a forma estrutural da hierarquia como o modo de transmissão das informações implicam diferentes potenciais de desenvolvimento da inteligência coletiva. O cacique ou patriarca afunila todas as possibilidades de desenvolvimento do saber nas sociedades tribais e a oralidade o condiciona a ser simples e sucinto (para que possa ser memorizado). Do mesmo modo os clãs no espaço do território bloqueiam artificialmente o número de indivíduos aptos a dedicar-se a determinados problemas, bem como a escrita limita o número de pessoas capazes de tomar contato com os conhecimentos sociais (o

389 In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233.

390 "É razoável pensar que a multiplicação das máquinas informacionais afeta e afetará a circulação dos conhecimentos, do mesmo modo que o desenvolvimento dos meios de circulação dos homens (transportes), dos sons e, em seguida, das imagens (media) o fez." In LYOTARD, Jean-François, *La Condition Postmoderne*, trad, port. de R. C. Barbosa, *A Condição pós-Moderna*, 9ª Ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 2006, p. 4.

391 "A informática é uma técnica molecular, pois não se contenta em reproduzir e difundir as mensagens (o que, aliás, faz melhor que a mídia clássica), ela permite sobretudo engendrá-las, modificá-las à vontade, conferir-lhes capacidade de reação de grande sutileza, graças a um controle total de sua microestrutura." In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, p 53.

392 "Isso só vale para a exploração efetiva das possibilidades da informática. Um *compact disk* de música é da ordem da mídia, e não das tecnologias moleculares, embora seja digitalmente codificado. O bem-denominado 'multimídia' também continua sendo mídia. Editado em CD-rom, um hiperdocumento, mesmo que conserve algumas das características 'interativas' próprias do digital, oferece menos plasticidade, dinamismo, sensibilidade à evolução do contexto que um hiperdocumento enriquecido e estruturado em tempo real por uma comunidade de autores e leitores em rede." In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, p. 54.

papel é escasso e apenas um indivíduo por vez pode lê-lo). No mundo das mercadorias a informação é transmitida a uma pluralidade indeterminável de indivíduos, mas quem transmite as informações têm sobre elas o domínio e o capital é quem determina quem são os aptos a lidar com o conhecimento e quais serão os conhecimentos privilegiados[393].

Evidentemente, cada uma destas sociedades sobrepôs a anterior aprimorando as capacidades e eficiência sociais prévias. Dentre outros fatores elencáveis, suas condições de organização e forma de comunicação dos conhecimentos tiveram grande influência no acréscimo produtivo. A proliferação dos computadores e a internet propiciaram as condições para uma nova mudança na forma de comunicação das informações dentro da sociedade, bem como em sua organização. Os computadores tornaram possível a digitalização das informações (conseqüentemente reduzindo a zero o custo com a sua multiplicação) e a internet abriu as portas para a superação da estrutura hierárquica.

Da conjunção destas duas tecnologias torna-se possível que um número indeterminável de pessoas acessem e trabalhem o conhecimento compartilhado socialmente. Utilizando-se este potencial ao máximo, inexistindo as antigas fronteiras naturais ou físicas ao conhecimento humano, pode-se imaginar um novo salto qualitativo em termos de capacidade social criativa[394].

Se a escrita possibilitou o desenvolvimento de raciocínios complexos e as tecnologias de telecomunicação digital possibilitaram ampliar o número de receptores simultâneos, a internet rompe com a distinção entre receptor/transmissor. Cada receptor é potencialmente um retransmissor e todos os transmissores estão sempre abertos a receberem os ecos de suas transmissões. Se a era do mercado foi caracterizada por romper com as fronteiras dos produtos e pessoas, a era da informação desmantela as

---

393 "*Property rights confer authority over resources. When authority is granted to the few over resources on which many depend, the few gain power over the goals of the many. This has consequences for both political and economic freedom within a society.*" Tradução livre: Direitos de propriedade conferem autoridade sobre os recursos. Quando autoridade é dada a poucos sobre os recursos dos quais muitos dependem, os poucos ganham poder sobre os objetivos dos muitos. Isto tem conseqüências diretas na liberdade tanto econômica quanto política na sociedade. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 12.

394 "O avanço das tecnologias moleculares no tratamento da matéria promete um aumento sem precedente na produtividade do trabalho humano, uma aceleração das mutações econômicas... e continuamos a subordinar a identidade social e a sobrevivência psicológica dos indivíduos às formas de trabalho (e especialmente o assalariado) que se estabilizaram no século XIX, no apogeu das técnicas molares? O quê? A abertura do ciberespaço permite conceber as formas de organização econômica e social centradas na inteligência coletiva e na valorização do humano em sua variedade... e continuamos a perguntar gravemente 'quem dominará o mercado multimídia'?" In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, pp. 54 e 55.

barreiras ao trânsito do conhecimento. Apesar de possível, mas custoso, os indivíduos não precisam mais mover-se em busca das informações, elas já se encontram em circulação a um custo ínfimo.

Por outro lado, se o homem nômade dependia da liderança e sabedoria ancestrais do patriarca, o sedentário das famílias e clãs, e o consumidor da competência dos mercadores, o homem situado no mundo da informação prescinde de liderança estática. Deixam de existir barreiras entre o conhecimento e os sujeitos do conhecimento, não há mais qualquer intermediário que molde a informação. Isto de modo algum quer implicar igualitarismo ou emancipação ao nível individual. Esta nova fronteira vem romper com a arbitrariedade nas distinções entre os habilitados a transformar o conhecimento e tomar as decisões que irão transmutá-lo.

Desde que foram ultrapassadas as fronteiras do território já não é mais possível que uma pessoa tenha entendimento profundo sobre todas as áreas do conhecimento. A especialização, que já era a regra, tornou-se, portanto, necessária. Quais os critérios, entretanto, para avaliar os conhecimentos desenvolvidos por estes especialistas? Quem eram os aptos a tomar a decisão por um ou outro caminho quando dois técnicos divergiam em recomendações? Que ramos do conhecimento são prioritários? A sociedade certamente já não tinha mais competência para avaliar assuntos específicos.

As sociedades contemporâneas têm, até aqui, utilizado o mecanismo da hierarquia como forma de solução. Assim, a produção científica acadêmica é avaliada de acordo com os critérios (objetivos e subjetivos) de um grupo restrito de indivíduos titulados a arbitrar sobre os méritos de um dado trabalho. Em tese, o grupo de árbitros com títulos acadêmicos tem a capacidade de julgar, em lugar da sociedade, o valor de um trabalho, pois seus títulos foram concedidos com base em sua própria perícia pessoal no ramo específico do saber em que o novo trabalho se insere.

A despeito de este critério ser claramente superior ao do laço sangüíneo, ele não é tão preciso quanto se pretende. A primeira, e também mais óbvia, crítica é que este método se propõe com uma objetividade simplesmente inexistente em relações humanas. Supostamente, todos os possuidores de títulos acadêmicos obtiveram-nos tão somente em atenção a sua habilidade e conhecimentos específicos em uma área do saber. Preparado para um mundo ideal, o sistema veste em si mesmo um cabresto para ignorar a realidade dos favores pessoais, das compras de títulos, indicações, nepotismo e outras práticas

secundárias de acesso estes títulos.

Em segundo lugar vem a massificação dos méritos. Independentemente das qualidades individuais de cada trabalho, todos são enquadrados em faixas ou escalões (pós-graduação, mestrado, doutorado, pós-doutorado, livre-docência, etc.). Supõe-se que o nível ou a contribuição específica de cada um dos trabalhos enquadrado em um destes escalões é semelhante a qualquer um dos outros e sempre inferior ao daqueles do escalão acima. As distorções são ignoradas.

Outra falha está encrustada na premissa de que o grupo de examinadores é competente para apreciar quaisquer trabalhos vindouros. O título recebido no passado lhes atesta a capacidade de compreender e julgar as novas idéias que surgem na sociedade. Fecham-se os olhos para a possibilidade de que o titulado tenha deixado seu conhecimento tornar-se defasado ou para a chance de que o novo trabalho volte-se para um ramo tão singular do saber que seus conhecimentos anteriores não sejam úteis o suficiente para prepará-lo para a avaliação. Trata o conhecimento como estanque e fechado, como se quaisquer novos desenvolvimentos necessariamente fossem enquadráveis sob uma única disciplina.

A falha mais grave provavelmente é supor que o saber científico pode ser desprovido de concepções ideológicas ou de vícios pessoais tanto dos pesquisadores como dos avaliadores. Ignora-se, assim, o poder discricionário que a banca de titulados têm de sub ou sobreavaliar um trabalho não por conta da importância de suas contribuições ou de sua inventividade, mas por conta das implicações e resultados inerentes a cada estudo.

O assunto torna-se ainda mais polêmico quando se atenta para o papel do capital no desenvolvimento do saber. Com efeito, não apenas nas universidades é que o conhecimento é trabalhado, mas também nas empresas. As empresas "do conhecimento", que trabalham com pesquisas de ponta têm alta discricionariedade sobre o saber. Para elas, entretanto, não existe qualquer pretensão de neutralidade. O único critério balizador das pesquisas desenvolvidas pelas empresas e dos rumos de seus investimentos é o ganho de capital. Estas empresas, contudo, não realizam pesquisas somente internamente, mas também direcionam as pesquisas acadêmicas através de prêmios oferecidos em concursos públicos para que pesquisadores "independentes" elaborem teses que favoreçam os seus interesses. O capital, portanto, direciona a neutralidade do conhecimento.

A internet, o conhecimento livre em rede, é capaz de romper com todos estes desvios sistêmicos. Assim, é que se pode entender a ruptura com a hierarquia que acima foi elencada. Não se trata de igualitarismo, trata-se de mudança dos critérios. Títulos, diplomas, posto hierárquico, situação social, relações pessoais, capacidade econômica, cedem todos ao reconhecimento/repercussão comunitários. O poder de avaliação que originalmente encontrava-se nas mãos do patriarca, foi transferido aos clãs, depois aos mestres, agora encontra-se difuso[395]. Isso não implica que toda a sociedade irá avaliá-lo, somente os pessoalmente interessados é que irão.

A comunidade é quem avalia, mas não há avaliação formal. Ela começa no momento em que um trabalho é tornado público aos usuários conectados à rede, mas não tem prazo certo para terminar. A importância do trabalho é medida pela repercussão em novos estudos e discussões sobre um assunto. Se um trabalho não despertar interesse suficiente para ser discutido, repensado ou criticado é indício de que faltou-lhe qualidade ou utilidade. Por outro lado, se após sua divulgação, muitos outros trabalhos forem desenvolvidos com base nas idéias daquele primeiro, isto é prova de sua contínua importância, que permanecerá enquanto a comunidade ainda entender que o assunto não se esvaiu[396].

Note-se que somem as barreiras artificiais e burocráticas à produção do conhecimento[397]. Se um dia negros, mulheres, estrangeiros e crianças não eram ouvidos e se hoje pobres, desempregados, menores e não-graduados também não são, pode-se imaginar o dia onde todos serão convidados a debater e somente o mérito de seus argumentos é que pautará o peso de suas opiniões.

Mais do que isto, esta nova sociedade do conhecimento, da informação, já despida das relações

---

395 "(...) o esquecimento da origem viva e presente dos mundos virtuais, sua reificação, sua separação das inúmeras fontes humanas de que procedem introduziria, inelutavelmente, o lancinante problema do poder em um espaço onde não há o que fazer. A partir daí, poderíamos propor esta questão absurda: 'Quem controla os mundos virtuais?' O que é o mesmo que perguntar quem fala em nome do coletivo nos mundos virtuais, quando esses mundos são precisamente dispositivos de auto-organização, auto-definição, e construção autônoma de si, no Espaço do Saber, pelas próprias comunidades." In LÉVY, Pierre, op. cit., nota 233, p. 93.

396 "A tecnociência é constitutivamente social no sentido de que o destino de seus produtos é a função da manipulação que sofrem pelos participantes do processo. Quanto mais técnico e especializado é um trabalho científico, mais social ele se torna, pois aumenta o número de conexões necessárias para levá-lo a cabo e torná-lo, de fato, científico. Esta manipulação leva ou ao fortalecimento do produto, no sentido de maior legitimidade e menor contestação, ou a seu enfraquecimento, em sentido oposto." In GUESSER, Adalto H., op. cit., nota 89, p. 70.

397 "Esta atomização do social em flexíveis redes de jogos de linguagem pode parecer bem afastada de uma realidade moderna que se representa antes bloqueada pela artrose burocrática. Invocar-se-á pelo menos o peso das instituições que impõem limites aos jogos de linguagem, e assim restringem a inventividade dos parceiros em matéria de lances." In LYOTARD, Jean-François, op. cit., nota 390, p. 31.

de identificação grupal por laços sangüíneos, pertença territorial, supera também as relações baseadas na capacidade de consumo[398]. O novo imperativo torna-se o conhecimento, de modo que os grupos se organizam em torno de interesses e pontos de vista em comum. Todavia, nunca dois indivíduos vão coincidir completamente em suas habilidades e interesses, o que faz com que não haja qualquer divisão estanque de grupos. Todos os indivíduos fazem parte simultaneamente de diversos grupos e ao longo da vida movem-se para novos agrupamentos, mudam seus interesses, logo não há rivalidade na relação de alteridade, mas complementariedade. Os grupos dos quais um indivíduos presentemente não faz parte são justamente aqueles que podem vir a lhe despertar a curiosidade, havendo a possibilidade de comunicação[399].

É a esta forma de produção do saber dentro da sociedade que P. Lévy chamou de inteligência coletiva. Segundo o autor, a inteligência coletiva é "uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências"[400].

Este trabalho diverge da concepção do referido autor. Aqui a inteligência coletiva é entendida como uma característica permanente de todas as sociedades de seres vivos, a qual varia em grau de acordo com as condições e possibilidades dos elementos, bem como do meio em que se inserem[401]. A proposta do citado autor, contudo, é importante a este trabalho enquanto demonstração de uma nova chance que surge à sociedade humana em nível mundial de superar-se a si mesma, rompendo com as

---

398 "É da mais alta necessidade trilhar outros caminhos quando a produção da comunidade por pertença étnica, nacional ou religiosa conduz aos sangrentos impasses que conhecemos. Basear o laço social na relação com o saber consiste em encorajar a extensão de uma civilidade desterritorializada, que coincide com a fonte contemporânea da força, ao mesmo tempo em que passa pelo mais íntimo das subjetividades." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p 27.

399 "As identidades tornam-se identidades de saber. As conseqüências éticas dessa nova instituição da subjetividade são imensas: quem é o outro? É alguém que sabe. E que sabe o que eu não sei. O outro não é mais um assustador, um ameaçador: como eu, ele ignora bastante e domina alguns conhecimentos. Mas como nossas zonas de inexperiência não se justapõem ele representa uma fonte possível de enriquecimento dos meus próprios saberes. Ele pode aumentar meu potencial de ser, e tanto mais quanto mais diferir de mim. Poderei associar minhas competências às suas, de tal modo que atuemos melhor juntos do que separados." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p. 27..

400 In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p 28.

401 "É por isso que o coletivo inteligente trabalha tanto quanto possível suas velocidades de aprendizado aumenta suas capacidades de reorganização, reduz seus prazos de inovação, multiplica seu potencial inventivo. Um grupo mais inteligente é também um grupo mais rápido. Mas ele só atingirá essa velocidade cognitiva mobilizando – e portanto respeitando – as subjetividades autônomas que o compõem, em vez de alinhá-las em um tempo exterior. O tempo real da inteligência coletiva só pode ser uma emergência; ele sincroniza as intensidades de pensamento, de aprendizado e de vida." In Lévy, Pierre, op. cit., nota 233, p. 75.

limitações anteriores e alcançando um novo patamar de possibilidades.

A internet não passa entretanto de uma chance[402]. A história segue rumos incertos e este trabalho não tem qualquer pretensão messiânica. Existe uma possibilidade de que haja uma nova catalização da produção de conhecimento dentro da sociedade, mas ela é apenas uma dentre muitas. Para que ela ocorra, entretanto, o acesso à rede deve permanecer livre, tal qual o acesso ao conhecimento. Nesse quadro ganha relevância o software enquanto meio necessário ao acesso a ambos[403]. Se o próprio funcionamento do software utilizado como ferramenta ao trabalho do conhecimento encontra-se oculto, como podem ser ditos livre a internet e o conhecimento?

402 Esta chance, entretanto, não é do interesse de alguns membros distintos da sociedade, sua ideologia lhes é perniciosa, por isto tentam artificialmente limitar seus potenciais. Nesse sentido, P. Drahos e diz: "*Financier's copyright is a third distinct view of copyright. It rests on the view that copyright must serve the financier of copyright works by guaranteeing rights of exploitation in whichever markets the financier chooses to operate. If new technologies like the Internet come along to threaten existing investments or make new forms of exploitation possible then the financier is entitled to new rights that allow him or her to manage the contingencies of the technology. Copyright becomes the servant of the financier rather than the author or the public welfare.*" Tradução livre: O direito autoral financeiro é uma terceira e distinta visão dos direitos autorais. Ela consiste na visão de que o direito autoral deve servir ao financiador das obras apropriáveis, garantindo-lhe direitos de exploração em quaisquer mercados que escolha atuar. Se novas tecnologias como a internet surgirem ameaçando os investimentos existentes ou criando novas formas de exploração possíveis, então o financiador é digno de novos direitos que lhe permitirão gerenciar as contingências desta nova tecnologia. O direito autoral torna-se um servo do financiados, ao invés de sê-lo aos autores ou ao bem-estar público. In op. cit., nota 4, p. 176.

403 Interessante notar que dentre os três, a única que não encontra restrições à liberdade é a internet. Uma das premissas básicas da rede que até o momento vem sendo mantida é a abertura de seu código-fonte. Qualquer navegador é capaz de disponibilizar o código de qualquer site disponível na rede, para quaisquer fins que desejar o usuário. Todos são livres para estudar e desenvolver a rede, sem quaisquer limites. Os caminhos pelos quais a rede se desenvolve são determinados de acordo com a receptividade da comunidade às mudanças criadas. Talvez este seja uma das razões porque ela tem se desenvolvido em um ritmo tão alucinante.

5. A PROTEÇÃO LEGAL DA EMPRESA DE SOFTWARE E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Após tudo o que acima foi dito, não cabe mais, como foi feito no capítulo 3 deste estudo, falar em proteção jurídica do software. A tutela jurídica outorgada a alguns sujeitos de direito determinados nada tem em comum com uma carência do software de proteção. Inexistindo as leis de propriedade intelectual que disponham sobre o software, este de forma alguma encontrar-se-ia ameaçado quer entendido em um sentido abstrato quer num sentido concreto. O único grande risco que se vislumbra é ao monopólio comercial detido por algumas empresas do ramo. Sendo assim, optou-se chamar neste capítulo a tutela jurídica em tela de proteção legal da empresa de software, em detrimento consciente de outras terminologias viciadas que apresentam o software como o sujeito da proteção.

O objetivo do presente capítulo é suscitar, com base no estudo até o momento elaborado, reflexões sobre as possíveis incongruências do sistema de privilégios de monopólio sobre o desenvolvimento do software e o ordenamento jurídico.

5.1. Princípios Constitucionais Violados

Encontrando-se topograficamente situada na posição mais alta de todo o ordenamento jurídico nacional, dando, portanto, a legitimação necessária a todas as demais leis aplicáveis no território brasileiro, a Constituição Federal é que serve de primeira base para as reflexões propostas neste capítulo.

5.1.1. Propriedade ou Monopólio?

O direito de propriedade encontra-se constitucionalmente resguardado dentre os direitos e

garantias fundamentais assegurados à pessoa humana, mais especificamente no artigo 5° caput bem como em seu inciso XXII. Esta propriedade assegurada como direito fundamental em nossa Constituição é a propriedade ordinária sobre objetos corpóreos, que não se confunde com o que se chama de propriedade intelectual e nem mesmo deve ser entendida como gênero do qual esta seria uma especialidade.

Prova disto é que a Constituição trata dos direitos que a doutrina convencionou chamar de propriedade intelectual no mesmo artigo incisos XXVII à XXIX, usando, entretanto, nomenclatura adversa. No referido inciso XXVII, do artigo 5°, a Constituição, ao prever o que a doutrina denomina de direito autoral, dispõe ser ele um "direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar". Ao tratar da chamada propriedade industrial reza a Constituição que "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País".

Interessa neste estudo especificamente a previsão do inciso XXVII, vez que a Lei 9609/1998, que trata da tutela jurídica outorgada aos desenvolvedores de software, em seu artigo 2° dispõe ser o regime dos direitos autorais aquele aplicável ao software.

Contudo, não é o nome jurídico exposto constitucionalmente que outorga ou retira a natureza de propriedade destes direitos exclusivos de uso. Com efeito, a doutrina não pode, em sua atividade de hermenêutica legislativa, conformar-se com as possíveis atecnias do legislador. Porém, como foi analisado no capítulo 2, estes direitos assegurados constitucionalmente não são redutíveis à propriedade ordinária sem que com isto seja corrompido o seu sentido técnico. Portanto, esteve bem orientado o legislado constituinte quando evitou o vocábulo propriedade como nome jurídico destes direitos ora tratados.

Sendo assim, tais direitos não encontram sua guarida constitucional no direito de propriedade, não obstante a semelhança morfológica do nome dado pela doutrina. A expressão "propriedade intelectual" não encontra eco constitucional, ainda que já fosse antiga em 1988, ano da Constituição.

Como explicado no início deste trabalho, esta expressão é falaciosa e por esta razão sido evitada tanto quanto possível ao longo deste trabalho. Seja qual for o nome, entretanto, a proteção dos interesses empresariais sobre o software encontra-se disposta, como dito, no artigo 5°, XXVII, o que a princípio parece tornar-lhes plenamente válidos no interior do ordenamento.

Esta validade, porém, merece algumas críticas. Se não é propriedade, alguma coisa tem de ser, ainda que uma nova forma *sui generis* de direitos. Como colocado acima e também segundo a redação constitucional do artigo 5°, estes direitos parecem ser semelhantes a monopólios comerciais. Note-se que a constituição em seu artigo 5° além de não utilizar a expressão "direito autoral", também deixa de prever o que a doutrina[404] e a lei[405] chamam de direitos morais dos autores.

Além do estranhamento causado pela proteção constitucional ter deixado de lado morais ou pessoais dos autores, privilegiando o aspecto patrimonial destes direitos, a redação do artigo 5° torna clara a natureza dos direitos garantidos aos autores, são direitos de exclusividade de utilização, publicação ou reprodução.

Quando um único indivíduo tem exclusividade de atuação em um mercado ocorre o que é economicamente conhecido como monopólio. Ao outorgar a somente um individuo a capacidade de utilizar, publicar ou reproduzir uma informação, a Constituição nada mais está fazendo do que outorgando-lhe o monopólio de exploração destas atividades. A lei, por sua vez, ao tornar estes direitos alienáveis[406], faz com que estes monopólios concentrem-se nas mãos de empresários com capital suficiente para exercer este poder monopolístico da forma mais eficiente.

Ocorre que ao tratar da ordem econômica, a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 173, § 4°, que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Também no artigo 170, incisos IV e V, dispõe ser a livre concorrência e a defesa do consumidor dois dos princípios da ordem econômica nacional, além de dispor que a mesma é fundada na livre iniciativa. Reza, portanto, que deverão ser combatidos os

404 "Os direitos morais são vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. (...) esses direitos constituem a sagração dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador." In BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de Autor*, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, pp. 0 – 188.

405 Lei 9609/1998 artigo 2°,§ 1°; e Lei 9610/1998 artigo 24, 25 e 27.

406 Lei 9610/1998 artigo 49 e seguintes.

monopólios, visto que estes nada mais são do que a aniquilação da concorrência, mesmo em seu caráter potencial, com vistas a um aumento arbitrário dos lucros, o que certamente não pode ser conseguido sem o sacrifício dos interesses dos consumidores.

Não cabe à proposta deste trabalho uma análise profunda dos princípios econômicos que determinaram a prevalência da livre iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores dentre os princípios e fundamentos constitucionais da ordem econômica nacional. Todavia, estes se encontram entre os fundamentos econômicos de um Estado que se pretende democrático. Destarte, a existência de privilégios monopolistas constitucionalmente assegurados necessariamente precisa fundamentar-se em outros princípios constitucionais que, em confronto, prevalecem.

A Constituição, entretanto, ao prever os direitos exclusivos de utilização dos trabalhos dos autores não estipula em quais princípios constitucionais encontram-se alicerçados estes direitos. Sobra à doutrina fundamentar o dispositivo constitucional, através de uma interpretação sistemática. Como visto ao longo deste estudo, os fundamentos são os mais variados na doutrina e fora dela. Excetuadas as hipóteses levantadas no capítulo 2 deste estudo, que já foram devidamente analisadas naocasião, não há, entretanto, resquício de qualquer preocupação doutrinária em fundamentar este monopólio em quaisquer princípios constitucionais.

A seguir outros princípios constitucionais relacionados direta ou indiretamente com o assunto serão analisados, todavia, nenhum deles parece sustentar esta exceção, mas confirmar cada vez mais a regra, desvalorizando, pois, a previsão constitucional do artigo 5°. Não se pode, é certo, falar em inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Entretanto, uma análise sistemática da Constituição e do ordenamento abaixo dela parece sugerir alguma incoerência deste disposto com o restante do ordenamento jurídico nacional.

5.1.2. Distribuição de Renda e Redução das Desigualdades Sociais

Reza o artigo 3° da Constituição Federal que “constituem objetivo fundamental da República

Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Como analisado ao longo do capítulo 4, existem atualmente dois modelos de desenvolvimento de software: o empresarial/legal; e o cooperativo. O primeiro modelo, como já discutido, privilegia a formação de empresas monopolistas que dominam o mercado de software, vez que há a necessidade de um padrão mercadológico que torne viável a comunicação entre as mais diversas plataformas e máquinas, bem como permita a circulação das informações produzidas em um determinado ambiente. Talvez seja exagero dizer que este modelo cria a pobreza, mas certamente ele a alimenta e sustenta também uma marginalização social (exclusão digital) que também já foi analisada no capítulo anterior.

O segundo modelo, por sua vez, propicia que um número ilimitado de pessoas atuem no mercado de software, seja em seu desenvolvimento, venda, alocação de serviços, treinamento de pessoal, assistência técnica e etc. Não soluciona os problemas de pobreza e marginalização sociais, mas certamente não os incentiva e nem restringe artificialmente os excluídos de acessarem as informações ou atuarem economicamente dentro da sociedade.

A formação destes monopólios, portanto, encontra-se diametralmente oposta a um dos objetivos fundamentais do nosso Estado, qual seja, o da redução das desigualdades sociais, estipulado no inciso III do artigo 3° da Constituição Federal. Em verdade, a permanência destes direitos é que tem o condão de justamente inibir a concretização destes objetivos.

5.1.3. Acesso à Informação, ao Conhecimento e à Cultura

As liberdades de acesso à informação, ao conhecimento e à cultura encontram apoio em diversos dispositivos constitucionais. O primeiro deles é o artigo 5°, XIV, que reza "é assegurado a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Em continuidade, o artigo 206, inciso II, dispõe sobre a "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento a arte e o saber". Já o artigo 208, inciso V, estipula a garantia do "acesso aos níveis mais

elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um". O artigo 215 *caput* diz que "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais". Sendo que o artigo 216, inciso III, expressamente prevê como parte do patrimônio cultural brasileiro "as criações científicas, artísticas e tecnológicas". O parágrafo 3° do mesmo artigo ainda determina que "a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais" e que os "danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei" (§4°). O Estado ainda "promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (artigo 218 *caput*).

Importantíssimo destacar, dentre os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, o artigo 23, inciso V, que dispõe ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência". Tamanha a relevância dada ao acesso ao saber, aqui entendido como grande gênero em que se agrupam cultura, educação e ciência, que o legislador constituinte resolveu por bem equiparar a sua proteção a de outros bens de relevância primária como o meio ambiente; a guarda dela mesma Constituição, das leis e das instituições democráticas; a saúde e assistência públicas; os documentos, as obras e outros bens de valor histórico. Também por sua alta importância, é que a competência para cuidar destes assuntos é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não privativa. Perceba que não se trata apenas de competência legislativa, mas de atuação estatal em sentido amplo, através de qualquer uma de suas funções ou poderes.

Indiretamente, ainda é possível mencionar a preocupação do constituinte, quando da delimitação da competência legislativa estatal em matéria tributária, em incluir os livros, jornais e periódicos, bem como o papel destinado a sua impressão dentre as vedações constitucionais à capacidade estatal de instituir e arrecadar impostos[407]. Tal preocupação apenas pode ser justificada como mais um meio à efetivação de um fim maior do Estado brasileiro, qual seja o de possibilitar a todos os cidadãos o amplo acesso à cultura.

Não resta, portanto, qualquer dúvida sobre a importância com que a Constituição Federal

407 Constituição Federal, artigo 150, inciso VI, alínea "d".

percebe tais direitos de livre acesso ao saber. Como analisado no capítulo 4, a proposta do software livre é justamente uma reação à restrição das liberdades sociais de conhecer e estudar os softwares que se encontram protegidos por privilégios monopolistas e são distribuídos apenas em seu código-objeto, na forma de programas executáveis, incompreensíveis aos olhos humanos. Não sendo este modo de distribuição fisicamente necessário, o arquivo executável é apenas uma das muitas formas de se compartilhar um software, e não sendo também o monopólio o único meio possível de remunerar o trabalho desempenhado pelos desenvolvedores de software, como já dito, este sistema torna-se altamente contestável sob o ponto de vista do acesso ao conhecimento e, conseqüentemente, do estímulo ao desenvolvimento de tecnologia nacional.

Ora o software proprietário, por ser distribuído somente em seu código-objeto, impede o acesso dos programadores à informação nele contida. Sem esta informação, não há como averiguar com precisão quais são as tarefas que o software direciona o computador a operar. O computador pessoal torna-se um judiciário kafkiano, cujos processos são inexcrutáveis, imprevisíveis e aparentemente ilógicos. Não há como assegurar o usuário de sua intimidade, privacidade ou mesmo o sigilo de dados. Quem controla as operações realizadas pelo computador "pessoal" do usuário, em caráter perpétuo, é a empresa comerciante do software adquirido, não o usuário. Não se quer aqui dizer que os software proprietários necessariamente realizarão tarefas obscuras ao usuário, mas o único meio de averiguação disponível é o código-fonte, que é informação útil e importante e, portanto, não deveria ser exceção à liberdade coletiva e geral à informação de que fala o artigo 5° da Constituição Federal.

Além disto, o software proprietário retira dos programadores e usuários (se é que esta distinção é legítima[408]) a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar qualquer saber relacionado aos softwares objeto desta proteção legal às empresas do conhecimento (artigo 206, inciso II). O movimento pelo software livre, por sua vez, vem justamente propôr a manutenção destas liberdades sociais[409], provando ser possível o desenvolvimento de software de qualidade superior quando elas são mantidas[410].

O artigo 208, inciso V, diz ser responsabilidade do Estado garantir a todos o acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística segundo a capacidade de cada um. Ora, é

408 Ver capítulo 4.1.3.1.
409 Ver capítulo 4.1.2.
410 Ver capítulo 4.1.2.2.

justamente esta a proposta do movimento pelo conhecimento livre[411], o fim das barreiras arbitrárias ao desenvolvimento individual em qualquer que seja o ramo do saber. O modelo empresarial, por sua vez, restringe as capacidades de ensino, pesquisa e criação até mesmo das universidades, uma vez que os cursos ligados à computação de dados podem somente dedicar-se a ensinar e pesquisar os princípios da computação e as linguagens. Porém este estudo encontra-se limitado à informação disponibilizada pelas empresas que desenvolveram as linguagens estabelecidas no mercado. Qualquer pesquisa que extrapole o limite das informações tornadas públicas pelas empresas infringe os direitos destas sobre a informação. O mesmo vale para os softwares em geral. Nenhum software comercial pode ser usado como modelo de estudo, pesquisa ou criação, sem esbarrar nos interesses econômicos destas empresas.

A Constituição também determina que o Estado garantirá a todos o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional (artigo 215 *caput*), fazendo parte deste patrimônio cultural, de forma expressa (artigo 216, inciso III), as criações tecnológicas, dentre as quais, o software. No entanto, ao permitir que as empresas de software dominem todo o conhecimento sobre os seus algorítimos e distribuam ao público apenas em seu código-fonte, toda a coletividade se vê despida do acesso à cultura e, conseqüentemente, do exercício dos seus direitos culturais.

O Estado ainda "promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (artigo 218 *caput*), o que será feito, inclusive, por meio de lei (artigo 216, parágrafo 3°). Contudo, não pode haver qualquer desenvolvimento científico, pesquisa ou capacitação tecnológica ao nível nacional se os pesquisadores não são autorizados a estudar seu objeto de conhecimento, por conta justamente de medidas legais que garantem a alguns poucos monopolistas a faculdade de controlar toda a informação disponível sobre os softwares. Como dito acima[412], ao distribuírem os softwares somente em seu código-objeto, criptografados e, ainda, utilizando-se das medidas DRM, os empresários do conhecimento garantem, de forma artificial, que todo o conhecimento por eles desenvolvido seja desperdiçado socialmente, correndo risco de, a longo prazo, perderem-se por completo em meio às constantes atualizações tecnológicas ou no caso de a empresa deixar de entender aquela informação como útil (o que deveria ser punido segundo o artigo 216, parágrafo 4°). Nenhum

411 Ver capítulo 4.3.

412 Ver capítulo 4.1.2.1.

pesquisador no futuro terá meios de acessar valiosas informações culturais do presente, ainda que já há muito tenha sido superada a proteção legal ao possuidor daquele conhecimento, apenas por conta destas práticas nefastas legalmente incentivadas hodiernamente.

5.1.4. Estímulo à Cooperação

A República Federativa do Brasil, segundo o artigo 4°, inciso IX, da Constituição Federal, rege-se, dentre outros princípios, nas suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Dentre os dois modelos analisados comparativamente no capítulo 4 deste estudo, aquele do desenvolvimento cooperativo é sem dúvida o único a ir de encontro com este princípio constitucionalmente estabelecido.

O modelo empresarial é pautado justamente pelo oposto. A concessão de monopólios sobre o conhecimento incentiva a competição e o segredo entre as diferentes nações e mesmo em seu ambiente interno. A competição em si não é problema, o vício encontra-se nos moldes. Uma competição feita com base na segregação dos povos do saber desenvolvido coletivamente, a partir de um patrimônio cultural comum, é certamente distinta da competição cooperativa, onde todos compartilham o conhecimento, mas os retornos, patrimoniais ou extra-patrimoniais, do exercício da atividade econômica são proporcionais à habilidade individual ou grupal no desenvolvimento do saber social.

Há, portanto, duas alternativas: trabalhar em conjunto com toda a humanidade para o desenvolvimento do saber a respeito de software, deixando livre o conhecimento para que qualquer um possa desenvolvê-lo; ou trancar o conhecimento dentro de gigantes bilionárias do comércio de software e alijar todo o restante da humanidade deste conhecimento. Progresso tecnológico existirá em ambos os modelos (apesar de, como elucidado, o modelo empresarial conter um paradoxo que torna-lhe gradualmente menos eficiente, indicando um incerto colapso[413]), mas a cooperação a nível global somente é viável segundo os padrões livres do modelo cooperativo.

Em ultima análise, o desvio deste princípio da cooperação entre os povos que ocorre através das

413 Ver capítulo 4.1.3.8.

práticas comerciais das empresas de software, com respaldo na lei, é também uma ofensa a outro dispositivo constitucional de estatura mais elevada, qual seja, o artigo 3°, inciso, I, que reza ser um objetivo fundamental do Estado brasileiro "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Deixada de lado a justiça, objetivo geral do próprio direito, cujo próprio conceito é plurívoco e, portanto, torna altamente subjetiva uma análise segundo os seus critérios, apenas o modelo de desenvolvimento cooperativo de software privilegia a construção de uma sociedade livre e solidária.

A solidariedade, o respeito ao próximo e o auxílio mútuo fazem parte justamente da bandeira do software livre, que, como dito, não se trata somente de um meio mais eficiente de desenvolvimento de tecnologia com qualidade[414], mas de uma ideologia de transformação social, principalmente ética. A ideologia primária é de respeito às liberdades coletivas de acesso ao conhecimento e cultura, mas estas liberdades estão fundadas na ética do estímulo às práticas solidárias dentro da sociedade, do compartilhamento, da cooperação em busca de benefícios mútuos e também no respeito à dignidade intelectual de cada um, na permissão coletiva ao melhor desenvolvimento individual possível.

Estes princípios encontram-se na base do movimento, pois o desenvolvimento de software não pode ser conseguido quando se trabalha isoladamente, somente em conjunto. Portanto, quanto mais pessoas puderem acessar o conhecimento que é desenvolvido, quanto mais dentre elas o fizerem movidas por uma curiosidade intelectual incessante, melhores serão os retornos globais.

Todas estas idéias sugerem um idealismo utópico por detrás de todo o movimento[415], ainda mais a mentes viciadas ao raciocínio dos lucros crescentes a qualquer custo, típico de um capitalismo predatório. Entretanto, a ideologia livre não contradiz as premissas capitalistas, ela se propõe justamente a otimizá-las, o que é feito sem romper com as preocupações éticas.

O movimento livre não visa o fim da competição, busca justamente torná-la mais eficaz eliminando as barreiras monopolistas construídas para a manutenção artificial do poder, quer criar as condições necessárias para que esta competição seja realizada através da superação individual, não de boicotes e pressões que aniquilem os potenciais dos competidores. Ele também quer tornar mais amplo o conceito de livre-iniciativa, permitindo a todos a atuação em quaisquer ramos do saber, de acordo

414 Ver capítulo 4.1.4.

415 Ver capítulo 4.1.5.

somente com suas capacidades individuais, sem quaisquer barreiras ou impedimentos artificiais à sua entrada. O movimento não tem qualquer repúdio ao lucro, este é aceito e incentivado, a repressão recai somente contra as distorções de mercado, quer permitem a um agente controlá-lo, manipular os preços e bloquear a entrada de novos competidores.

Enfim, a liberdade, objetivo primário do software livre e primeiro dentre os preceitos do artigo 3° da Constituição. Semelhante ao que ocorre com o conceito de justiça, é difícil precisar o que é a liberdade. Existe até mesmo quem defenda que a liberdade não passa de ilusão humana, sendo o homem sempre cativo das condições impostas por seu meio natural, econômico e social. A parte estas considerações filosóficas que não têm lugar neste estudo, parece ser possível de qualquer maneira atribuir a qualidade livre de forma comparativa, ainda que jamais seja possível fazê-lo em termos absolutos. Neste sentido, mantidas iguais todas as demais condições, não há dúvida de que será mais livre a sociedade que permita aos seus cidadãos amplo acesso ao conhecimento relacionado aos softwares utilizados por seus computadores, do que uma outra na qual prevalece o segredo, as restrições à pesquisa, estudo e informação.

Existe uma analogia possível entre a ideologia livre e as idéias marxistas, que consiste não acréscimo de poder de mudança nas mãos do povo, o que faz ressuscitarem os mesmos receios anteriormente existentes contra estas. Aquela, todavia, está muito mais intimamente ligada ao capitalismo do que ao comunismo. A liberdade de oportunidade e de iniciativa são princípios basilares do capitalismo, ao passo que era na União Soviética o lugar onde prevalecia a restrição e o controle da distribuição das competências. O software livre, portanto, vai de encontro não apenas com as propostas e preocupações sociais, mas também está intimamente ligado à lógica capitalista.

5.1.5. Defesa do Consumidor

A proteção ao consumidor encontra sua proteção constitucional assegurada em dois diferentes momentos. Primeiramente, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, o artigo 5°, inciso XXXII,

estipula ser dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Após, ao tratar a carta a respeito da ordem econômica nacional, o artigo 170, inciso V, elenca a defesa do consumidor dentre os princípios fundamentais que devem ser observados pelo Estado em sua tarefa de assegurar a todos uma existência digna.

Esta proteção constitucional ao consumidor bipartida em distintos momentos tem relação íntima com a dúplice fundamentação para a proteção do consumidor. Em primeiro lugar, o consumidor, enquanto cidadão brasileiro, por encontrar-se em posição desvantajosa e hipossuficiente na relação de consumo[416] merece os cuidados do Estado que lhes garantam, não uma vantagem, mas uma equiparação em sua relação com produtores e fornecedores de mercadorias para o consumo[417].

Já em segundo momento, a preocupação do legislador constitucional é em assegurar que a ordem econômica nacional respeitará os princípios gerais da atividade econômica capitalista. Neste sentido, a proteção ao consumidor é feita não em atenção à fragilidade do mesmo em um dos pólos da relação de consumo, mas com vistas a assegurar a normalidade das condições do mercado, evitando distorções e abusos por parte de agente econômicos isolados.

Note-se que a hipo-suficiência do consumidor tem relação com a sua situação econômica prejudicada em relação àquela das empresas, mas sua relação principal é com a desigualdade de informação a respeito das mercadorias e condições de mercado[418]. Neste sentido é que mesmo empresas

---

416 Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990), artigo 4°, inciso I, dispõe sobre o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".

417 "Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, 'dita as regras'. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo (...); o Executivo (...); e o Judiciário (...).

Toda e qualquer proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma ratio, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado." In Grinover, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8ª Ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, pp. 6 e 7.

418 "Embora, em princípio, repita-se, não se conceba a pessoa jurídica como consumidora, a realidade é que o próprio texto legal sob análise assim dispõe. Fá-lo, todavia, de maneira limitada, não apenas em decorrência do princípio da vulnerabilidade da pessoa jurídica-consumidora, tal como a pessoa física, como também pela *utilização não profissional dos produtos e serviços.*" (grifos dos autores) In Grinover, Ada Pellegrini *et al.*, op. cit., nota 417, pp. 35 e 36.

de grande porte podem ser consideradas consumidoras em determinadas relações comerciais[419]. Quando um agente adquire para si produtos ou serviços sobre os quais a parte com quem contrata detém a totalidade do conhecimento sobre as suas qualidades, em contraste com a sua quase completa ignorância, tal relação comercial pode ser enquadrada na categoria das relações de consumo e este agente considerado hipossuficiente, não obstante sua condição econômica privilegiada.

Tratar a relação entre usuários e desenvolvedores de software como uma relação de consumo não deixa de ser algo incoerente à argumentação sustentada ao longo deste trabalho que tem como um dos fulcros a ruptura com a mítica oposição entre programadores e usuários de software[420]. O software, para o movimento livre, é informação, conhecimento, não mercadoria. Neste sentido, falar em relação de consumo seria impróprio.

Todavia, esta análise da dicotomia livre/proprietário sob a perspetiva dos direitos do consumidor justifica-se na medida em que demonstra a incoerência interna da aproximação feita pelo segundo da questão do software. Esta crítica, portanto, não tem por objetivo demonstrar a adequação do software livre aos direitos dos consumidores, pois o software livre não se pretende produto, mas o desrespeito a um fundamento constitucional representado por uma concepção proprietária do software enquanto mercadoria.

Considerando o software como um produto, como querem os defensores de um sistema de monopólio do conhecimento, os seus produtores, desenvolvedores, fornecedores e comerciantes devem, ao ofertá-o no mercado, estar atentos aos direitos do consumidor, constitucionalmente resguardados e dispostos em lei. Sendo assim, os consumidores de software têm, entre outros, os direitos à liberdade de escolha e igualdade nas contratações[421] e à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços[422]; à proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços[423], dentre as quais destaca-se a

419 Diz o artigo 2°*caput* do Código de Defesa do Consumidor: "consumidor é toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

420 Ver capítulo 4.1.3.1.

421 Código de Defesa do Consumidor, artigo 6°, inciso II.

422 Código de Defesa do Consumidor, artigo 6°, inciso III.

423 Código de Defesa do Consumidor, artigo 6°, inciso IV.

elevação abusiva do preço dos produtos ou serviços[424].

O modelo empresarial de desenvolvimento de software, entretanto, é alicerçado no monopólio da informação e do mercado. Sendo assim, não há que se falar em liberdade de escolha nas contratações, ainda mais considerando-se a necessidade de padronização do mercado de softwares que implica um forçoso domínio de uma plataforma, pertencente exclusivamente a um agente individual. Apenas um software pode ser o padrão de mercado em um dado momento, sendo assim, a empresa que detém o monopólio sobre o seu uso obtém assim uma importante restrição inicial à liberdade de contratação dos consumidores deste produto.

Porém, a mais importante restrição encontra-se em um segundo momento, no qual ela é plena. Após adquirir a licença de uso de um software, o consumidor torna-se dependente da empresa licenciante. Quaisquer serviços conexos ao software licenciado apenas poderão ser obtidos de uma única fonte: o licenciante. Diferente do que ocorre com um automóvel, que pode ser consertado, adaptado, modificado, alterado e melhorado pelo próprio consumidor ou por um mecânico ou outro especialista de sua escolha e preferência, o software somente pode ser trabalhado pela empresa que monopoliza as informações sobre ele. A liberdade de contratação que em um primeiro instante era limitada, torna-se então inexistente. O consumidor está completamente vinculado ao licenciante para quaisquer necessidades futuras relacionadas ao software em que foi licenciado.

O mais flagrante desrespeito aos consumidores infligido pelo fornecedor de software aos consumidores é o inegável repúdio ao direito que estes têm à informação adequada e clara a respeito dos diferentes produtos existentes no mercado. Isto acontece quando os comerciantes de software proprietário distribuem-no somente em seu código-objeto, impedindo que os consumidores tenham qualquer oportunidade de conhecer aquilo que consomem.

Não merece atenção a crítica de que os comerciantes são obrigados a prover os consumidores com guias e manuais sobre o funcionamento do software. Tais materiais para a consulta do usuário quando muito podem ser enquadrados como material publicitário. A informação neles contida é somente aquela que os fornecedores do software entendem adequada aos consumidores. O consumidor

424 Código de Defesa do Consumidor, artigo 39, inciso X.

encontra-se submetido à manipulação das informações por parte do monopolista e não possui qualquer meio de certificar-se da exatidão e veracidade das mesmas. Observe-se que esta situação de submissão é puramente artificial. O software nada mais é do que um conjunto de informações que podem ser processadas por uma máquina quando apresentado em sua linguagem, mas que também podem ser compreendidas pelo ser humano quando representado em linguagem a este inteligível, o código-fonte. Em respeito ao direito do consumidor de plena informação sobre os produtos que consome, a disponibilização do código-fonte dos softwares deveria ser obrigatória.

A analogia que melhor ilustra a condição dos softwares é a da lei. Software e lei são ambos instruções direcionadas a balizar um comportamento. Neste sentido, a distribuição do software somente em seu código-objeto é semelhante a um Estado que oculta suas leis dos cidadãos. O usuário do software com código-fonte fechado tem alguma noção do que o software está fazendo em seu computador pela observação dos seus efeitos sensorialmente perceptíveis e pelo conjunto de guias adquirido da empresa monopolista. Da mesma forma, o cidadão, no caso súdito, observando as ações de seus governantes e a situação em seus arredores entende vagamente quais condutas são lícitas e quais são ilícitas. Todavia, ambos estão despidos do meio essencial à compreensão das ações de seu software/Estado, o código-fonte aberto / a lei escrita e pública. Neste sentido, tanto os súditos podem ser surpreendidos por ações inesperadas e arbitrárias de seus governantes, como também os consumidores de software proprietário estão despidos de qualquer certeza a respeito do produto que consomem e, portanto, encontram-se submetidos ao arbítrio dos comerciantes.

Esta situação gera uma ainda maior desigualdade nas condições de contratação por parte dos consumidores. Se o consumidor ordinário não compreende o funcionamento de um carro para certificar-se da adequação das informações divulgadas pelo seu construtor no manual de instruções, ele ao menos conta com a possibilidade de ser beneficiado pela ação do Estado ou de associações de defesa dos seus interesses ações coletivas[425]. Desta forma, se algum indivíduo der conta da incompatibilidade das informações prestadas pelo construtor do automóvel através no manual do usuário com a realidade concreta, sua denúncia beneficiará a todos os interessados.

Por outro lado, o consumidor de software encontra-se alijado de qualquer proteção. Uma vez

425 Código de Defesa do Consumidor, artigos 81, 82, 91 e 103.

aceita a distribuição do software apenas em seu código-objeto, não apenas os consumidores tornam-se dependentes do monopolista, mas absolutamente todos, até mesmo o Estado. Não há qualquer meio de averiguar as informações prestadas pelo comerciante, pois somente ele encontra-se apto e legalmente legitimado a estudar o software. Neste sentido, não existem terceiros na relação, há apenas aquele que monopoliza o conhecimento contraposto a todo o resto. Por isto é que se disse que as informações prestadas nos guias a respeito do software têm caráter publicitário. Seu conteúdo é composto unicamente pelo conjunto das informações cujo arbítrio do comerciante entendeu interessantes aos consumidores.

Todo este sistema mostra-se receptivo a métodos comerciais desleais e mesmo coercitivos, bem como a práticas abusivas por parte das empresas do conhecimento. Isto porque, estando o código-fonte de um software fechado, não há como entender seu funcionamento de forma precisa, de modo que somente a empresa que detém o monopólio sobre o conhecimento a respeito dele é que poderá desenvolver os outros softwares que sejam plenamente compatíveis e adaptados a ele. Ainda mais grave é a incerteza quanto a subrotinas inseridas de forma oculta no código do software que tenham o único objetivo de tornar ineficientes os softwares de empresas concorrentes em operação conjunta na mesma máquina.

Estas práticas acabam coagindo o consumidor a comprar softwares provenientes da mesma família ou da mesma empresa, para obterem o melhor rendimento de seus equipamentos pessoais. Mas estas não são as únicas práticas que têm as portas abertas no sistema empresarial de monopólio do conhecimento de software. Também o controle abusivo dos preços destes produtos é conseguido por conta deste monopólio de exploração e uso do conhecimento desenvolvido a respeito do software. Outra prática extremamente comum é a chamada venda casada, que é repudiada economicamente e tida como abusiva dentro do direito do consumidor[426], mas que no mercado de software é correntemente aceita quando os fornecedores de hardware vendem os equipamentos já com softwares embutidos ou, caso mais grave, equipamentos para os quais nem é possível que terceiros desenvolvam softwares, o que ocorre quando a arquitetura do hardware também é secreta[427].

426 Código de Defesa do Consumidor, artigo 39, inciso I.

427 Cujo exemplo clássico são os hardwares da empresa Apple.

Tais práticas são aqui elencadas apenas em caráter exemplificativo e de forma alguma se pretendem exaustivas sobre o assunto. Quando o estudo, a pesquisa e a ciência estão com suas mãos atadas pela lei, não há limites à criatividade do monopolista para exercer seu poder absoluto sobre o software e seus consumidores. Uma distorção de perspetiva sobre a natureza de um objeto inevitavelmente resulta em distorções em seu enquadramento sistemático. Mais do que mercadoria, o software é informação. Com isto quer-se implicar que, ainda que se intente comercializá-lo, a forma em que se dá a sua exploração econômica atentar para as suas peculiaridades sob pena de corrompê-lo, resultando em prejuízos globalmente sofridos por todos que com ele interagem e dele dependem.

5.1.6. Tratamento Favorecido às Empresas de Pequeno Porte

Outro princípio constitucional que visa assegurar a ordem econômica nacional é o do "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país"[428]. Este princípio, mais ainda quando interpretado sob a luz da livre iniciativa, fundamento da ordem econômica e direito assegurado a todos[429], é frontalmente violado pela permanência de um sistema de monopólio sobre os softwares.

Como apontado anteriormente[430], requisito básico a qualquer software, bem como a qualquer tecnologia ligada à comunicação, é a sua compatibilidade e interoperabilidade com outros softwares e hardwares. Neste sentido, a tendência dentro do ramo dos softwares é que sejam estabelecidos padrões de extensões, formatos, arquivos, operações e sistemas de modo a facilitar a transmissão de dados de um computador a outro. Ou seja, ao contrário de outras áreas do mercado onde é possível a coexistência de diversos produtos ou serviços que sejam substitutos um do outro, no ramo dos softwares a tendência é que exista um único padrão dominante, de forma a facilitar a intercomunicabilidade das máquinas e softwares.

Destarte, a empresa que detiver o monopólio sobre o conhecimento do software que alcançar o

428 Constituição Federal, artigo 170, inciso IX.

429 Constituição Federal, artigo 170 *caput* e parágrafo único.

430 Ver capítulo 4.1.3.2.

status de padrão, exercerá uma elevada discricionariedade sobre as condições o mercado, bem como quanto às decisões a respeito dos rumos que seguirá a tecnologia a ser desenvolvida. Note-se que, em um mundo globalizado, a tendência é que este domínio não ocorra em caráter local ou regional, mas universal. De forma que este sistema de proteção às empresas de software acaba por se tornar uma proteção legal "à" empresa de software.

Assim sendo, não há apenas mero desvio do princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, mas uma inversão, onde o favorecimento vai justamente às mega empresas que recebem da lei o arcabouço de condições para a expansão de seu domínio econômico[431].

Em última análise isto ofende também à determinação constitucional de que a "lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao país, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos"[432]. Ora, o sistema de monopólio sobre o conhecimento dificulta muito as possibilidades de pesquisa e criação de tecnologias internamente ao país. Isto porque, sendo possível importar tecnologias já prontas dos países pioneiros no desenvolvimento de softwares, há poucas chances de que as pequenas empresas nacionais tenham condições de desenvolver softwares competitivos, ainda mais considerando-se a necessidade de padronização a nível internacional.

Por outro lado, o sistema de desenvolvimento cooperativo de software, compartilhando o conhecimento, torna sempre possível a entrada de novos competidores e desenvolvedores de acordo com suas habilidades e capacidades, sem atenção ao seu poderio econômico. Assim sendo, ainda que exista um software padrão, todos encontram-se habilitados a estudarem-no e especializarem-se em seu desenvolvimento, de modo que, ao invés de uma única empresa dominante a nível global, ter-se-á uma extensa pluralidade de agentes sempre renováveis e intercambiáveis trabalhando com os mesmos softwares e disputando o mercado de acordo somente com o critério de suas competências.

O resultado deste sistema é a quebra das condições para que se estabeleçam monopólios, somada

---

431 "*As we shall see, the threat was not so much to entire industries as to individual players who did not want to loose their position of dominance. These players turned to copyright law in the hope of finding immunity from competition and the uncertainties of technological change.*" Tradução livre: Como veremos, a ameaça não era tanto a todas as indústrias, mas a jogadores individuais que não queriam perder sua posição dominante. Estes jogadores socorreram-se das leis de direitos autoriais na esperança de encontrar imunidade contra a competição e as incertezas das mudanças tecnológicas. In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 169.

432 Constituição Federal, artigo 218, parágrafo 4°.

a possibilidade sempre renovada de que novas empresas de pequeno porte reúnam-se para explorar esta atividade econômica, chance que ainda será impulsionada pela qualificação dos programadores nacionais para competirem a um nível global, vez que não existirão óbices ao aperfeiçoamento das capacidades das mentes nacionais a partir do estudo das tecnologias de ponta mundialmente consideradas.

5.1.7. Supremacia do Interesse Público

Como visto no decorrer deste capítulo, a exceção constitucional à previsão do artigo 173, parágrafo 4°, repressão aos monopólios, consagrada através da inserção dos incisos XXVII à XIX dentre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana dispostos no artigo 5° da Constituição Federal, ao contrário do esperado, não se sustenta no sopesamento de princípios constitucionais conflitantes. Em verdade, ocorre que esta exceção fere, direta ou indiretamente, outros princípios e fins do Estado brasileiro.

A conclusão óbvia a que se pode chegar é que a inserção desta exceção em estatura constitucional tem por fim a consagração de algum objetivo ou fim do próprio Estado, o qual somente pode ser conseguido através da flexibilização de alguns princípios.

Todavia, como visto ao longo deste trabalho, a concessão de monopólios sobre o conhecimento de software, ainda que se sustente em diversos discursos sobre justiça, recompensa e personalidade, de fato somente pode ser compreendida como ferramenta de manutenção e otimização do poder econômico exercido por empresários, muito distante de qualquer instrumentalidade macroeconômica ou respeito à pessoa humana.

Desconstruindo os saberes estabelecidos socialmente a respeito da propriedade intelectual, é pela observação do comportamento de seus beneficiários de porte que se percebe a sua real natureza opressora e estabilizadora de estruturas de poder presentes na sociedade há alguns séculos. Destarte, é possível concluir-se que a previsão constitucional destes direitos, longe de qualquer preocupação social

ou de coerência interna do ordenamento jurídico, não é senão reflexo deste jogo de poder que extrapola o âmbito do direito e permeia diversas camadas do saber e da cultura na sociedade.

Neste sentido, um outro princípio constitucional vê-se lesado, qual seja, o da supremacia do interesse público sobre o privado. Se a existência destes direitos apenas vem beneficiar patrimonialmente alguns poucos e individuais interessados, gerando ainda reflexos negativos ao restante da sociedade, ela apenas pode ser entendida como uma prevalência dos interesses patrimoniais privados sobre os demais interesses presentes na sociedade que com os primeiros conflitam.

Manter a discussão no âmbito da conjugação dos diferentes princípios constitucionalmente estabelecidos, entretanto, não deixa de ser uma aproximação reducionista do problema. O cerne da discussão encontra-se de fato na análise crítica da organização social, dentro da qual o direito é um dos componentes, ainda que de grande peso dentro desta organização. A proposta do software livre encontra-se pautada em muitos princípios e fins sociais constitucionalmente positivados, entretanto, ela não está limitada a questionamentos jurídicos ou doutrinários, mas extrapola este âmbito e vem atingir diversos momentos da vida social. É neles, pois, que encontra suas raízes e com os quais continuamente dialoga.

5.2. A Tutela Jurídica e o Código-Fonte

A tutela jurídica outorgada ao software, bem como às demais obras intelectuais e invenções em geral, tem como um de seus fundamentos promover um incentivo à produção cultural. Esta produção, entretanto, somente se justifica na medida em que a sociedade dela se beneficie. Isto é o que justifica a exclusão explícita das idéias, conceitos matemáticos, métodos e sistemas da tutela autoral[433]. Por esta mesma razão é que as patentes industriais concedidas aos inventores têm como um de seus requisitos a descrição ou publicação detalhada dos conceitos envolvidos na criação[434].

433 Lei de Direitos Autorais, artigo 8°, inciso I.

434 Lei de Propriedade Industrial, artigos 19, inciso II, 24 e 25. Claro é que este requisito também sustenta-se em uma necessidade prática de averiguação dos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (artigos 8° e 11), mas esta necessidade é meramente incidental. Se existisse outra maneira prática de certificação do preenchimento destes

Todas as criações intelectuais tomam por base um fundo cultural previamente dado e é por isto que não devem existir barreiras à circulação e utilização das idéias dentro da sociedade. Isto é o que justifica a literalidade[435] da proteção autoral conferida pela Lei de Direitos Autorais. Reprime-se a reprodução integral ou parcial, a cópia não autorizada, o plágio, mas admite-se a exploração livre das idéias contidas na obra, com vistas à criação de novas obras ou desenvolvimento de idéias derivadas.

Entretanto, ao ser transplantada para o software, esta proteção sofreu alterações profundas. O software, não sendo considerado uma invenção[436], não está submetido ao requisito da publicação. Sendo, contudo, objeto da tutela autoral, a incidência da lei deveria dar-se sobre a "literalidade" do software, ou seja, o seu código-fonte[437], de modo que qualquer um pudesse estudá-lo e fazer uso das idéias nele contidas. Todavia, a lei não exige que o código-fonte seja aberto, permitindo tacitamente a transmissão do software somente em seu código-objeto, ou seja, a tutela autoral incide sobre um documento secreto (código-fonte fechado). Não é necessária qualquer publicação[438], nem mesmo um registro do código que lhe dê alguma publicidade[439].

Note-se que também para as obras literárias e artísticas não são necessários o registro ou a publicação[440]. A sua simples existência expressa em meio inteligível já faz nascer a tutela jurídica. Todavia, existe uma sensível diferença entre as obras literárias e artísticas e o software, qual seja, a possibilidade que o autor tem de fazer uso deste sem permitir que a sociedade acesse o conhecimento nele contido. Um livro não tem qualquer utilidade específica se o conhecimento nele contido for inacessível (criptografado, codificado ou ilegível). Porém, um software, ainda que não se possa acessar o conhecimento que ele carrega, pode ser utilizado pelos computadores.

A tutela jurídica autoral incide sobre as obras intelectuais desde o momento de sua criação, mas tem pouca ou nenhuma relevância enquanto tais obras forem mantidas em segredo por seus autores, vez

---

requisitos, ainda seria necessário o relatório descritivo, visto que esta é a prestação do inventor à sociedade que em troca lhe outorga o monopólio temporário de uso da invenção.

435 Lei de Direitos Autorais, artigo 7°, parágrafo 3°.

436 Lei de Propriedade Industrial, artigo 10, inciso V.

437 Diz o artigo 1° da Lei de Software que o software é "a *expressão* de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada(...)" - Grifo nosso.

438 Lei de Software artigo 2°, parágrafo 2°.

439 Lei de Software artigo 2°, parágrafo 3°.

440 Lei de Direitos Autorais, artigos 18 e 41.

que somente o próprio autor teria acesso à obra[441]. Desta forma, entende-se que os direitos autorais, englobando aqui tanto a faceta moral quanto a patrimonial, são uma espécie de incentivo[442] para que os autores comuniquem suas obras, tornando-as acessíveis ao público em geral.

Destarte, quando a tutela autoral incide sobre as obras artísticas e literárias há uma troca entre autor e sociedade, na qual esta confere um conjunto de direitos àquele e em contrapartida recebe dele o conhecimento contido na obra. Porém, a lei, ao fazer incidir os direitos autorais sobre os códigos-fonte dos softwares sem obrigar que os mesmos sejam transmitidos à sociedade (que sejam abertos), outorga um conjunto de direitos aos autores sem deles receber qualquer acréscimo de conhecimento[443]. Há, portanto, um desequilíbrio na relação.

Neste sentido o software torna-se um ativo intelectual a parte de todos os demais. O único, dentre invenções, modelos de utilidade, obras literárias ou artísticas, que lacra todo o conhecimento que carrega. A ninguém é lícito estudá-lo, apreender suas idéias e passos inventivos como meio ao futuro desenvolvimento tecnológico. Observe-se, ainda, que esta inacessibilidade não é transitória. Uma vez que nada obriga o comerciante de software a tonar o código-fonte de seus softwares aberto, mesmo após decorrido o imenso prazo de proteção legal aos seus interesses[444], o seu código permanecerá secreto, jamais se tornará parte do domínio público.

O entrave ao acesso ao conhecimento no software é, portanto, máximo. Isto ocorre por uma

441 A única relevância que se pode imaginar é no caso de terceiro que tenha contato com a obra divulgue-a ou dela faça uso sem a autorização do autor. Todavia, neste caso a obra já não estaria em segredo, vez que teria ocorrido um mínimo de publicidade a partir do contato do terceiro.

442 "Segundo esta doutrina, nenhum direito próprio compete ao autor ou inventor, e a lei concede o privilégio de reprodução de suas obras como recompensa do serviço prestado à sociedade, como animação às artes e às invenções, ou, no caso do inventores, como compensação pela divulgação de suas descobertas." In Cerqueira, João da Gama, op. cit., nota 7, p. 80.

443 "*Its strategy (IBM's) was based on hiding the copyright work (the source code) and then extending copyright to block access to the source code via object code. In this way so undermining copyright's purpose of encouraging the publication of works so that others might have immediate access to the ideas in those works (copyright does not protect ideas).*" Tradução livre: A estratégia da IBM era baseada em esconder o trabalho protegido (o código-fonte) e então aumentar a proteção conferida pelos direitos autorais para impedir o acesso ao código-fonte através do código-objeto. Fazendo-o pervertia o propósito do direitos autoral de encorajar a publicação das obras de forma que a sociedade tivesse acesso imediato às idéias neles contidas (o direito autoral não protege as idéias). In Drahos, Peter, e Braithwaite, John, op. cit., nota 4, p. 171.

444 Lei de Software, artigo 2°, parágrafo 2°. A nossa lei protege os interesses das empresas de software por cinqüenta anos, o que é um evidente exagero. O avanço das tecnologias em software se dá de forma extremamente acelerada, o que lhes confere uma vida útil de no máximo alguns poucos anos, de forma que um software com cinqüenta anos tem no máximo um interesse arqueológico, jamais comercial.

percepção distorcida de sua natureza. O software é informação, por esta razão é que sua tutela é a mesma dos livros e músicas. Contudo, em sua comercialização as empresas de software proprietário tentam aproximar-lhe dos bens materiais, enxergando somente sua instrumentalidade e ignorando a sua natureza. Encerram o seu código-fonte e superestimam seu caráter de ferramenta de auxílio às tarefas quotidianas, negando que primariamente o software é conhecimento, informação e cultura. Alguns dos principais efeitos desta concepção distorcida foram elencados no decorrer deste estudo e parecem denotar graves prejuízos à sociedade. No entanto, doutrina e lei parecem cegos a estas questões de importância fulcral na nova sociedade que se desenha neste início de século XXI.

6. CONCLUSÃO: POSSIBILIDADES

Como elucidado na introdução ao presente estudo, o direito não se desenvolve, nem evolui, a partir da suplantação de idéias defasadas ou incompletas por outras mais adequadas e precisas. Os institutos jurídicos vigentes não são o resultado de uma atividade intelectual racional neutra do ser humano em contato com o mundo, mas de uma confrontação com o mesmo, de um conflito, de uma luta com ele e contra seus pares. O direito nada mais é do que parte dos saberes e instrumentos necessários à melhor economia do exercício do poder em agrupamentos humanos.

Sendo assim, não existe qualquer garantia de justiça ou de correição, o objetivo do direito não é este, a despeito do seu discurso. Desta forma, é vão acreditar em uma análise comparativa de discursos como a fonte capaz de mudança em um sistema. Neste sentido, o próprio trabalho aqui desenvolvido perderia o seu sentido, vez que, a despeito de qualquer julgamento sobre o seu mérito, a construção do saber dá-se em outros terrenos.

Contudo, a crítica aqui exposta não tem base em uma contestação meramente retórica do sistema, a qual, se despida do poder exercido pelos interlocutores, resultaria vazia. Ela tem simultaneamente alicerces em uma ideologia-ação belicosa de indivíduos que buscam romper com a presente forma de dominação da informação e da sociedade. Esta ruptura, contudo, apenas pode resultar em um novo sistema de domínio.

O conhecimento, como já dito, não evolui, nem é uno. A presente proposta não é um desenvolvimento da anterior, não guarda com quaisquer semelhanças que não a instrumentalidade ao exercício do poder por um grupo de indivíduos. Desta forma, não se deve criar a ilusão de que se caminha de fato para um ápice, mas compreender-se que, assim como a ideologia dos direitos de propriedade intelectual são a faceta de saber do poder exercido pelos empresários do conhecimento, também a ideologia livre é um saber ao qual corresponde uma nova estrutura de relações de poder.

Não se irá exterminar as relações de poder do seio social, é impossível fazê-lo, onde quer que existam seres humanos interagindo haverão relações intercruzadas de poder. A mudança proposta pelo

movimento livre e que aqui foi defendida é relativa a uma mudança de paradigmas, mudança de estruturas de distribuição das competências e do exercício do poder, da invenção e desenvolvimento do saber.

O sistema presentemente vigente de proteção aos interesses econômicos de alguns grupos mercadores de software em nível global sustenta-se sobre o poder que estes indivíduos exercer na sociedade ao mesmo tempo em que dá sustentação e legitimidade ao exercício deste próprio poder. O poder e o saber encontram-se inexoravelmente identificados. Todo saber tem por correlato um poder que se origina e dá origem ao mesmo saber. Na sociedade da informação estas íntima ligação entre conhecimento e poder aumenta ainda mais sua importância, do mesmo modo em que se torna também indisfarçável o seu próprio vínculo.

As condições politicas e econômicas, os interesses, a mesquinhez dos participantes não são um véu que impede a devida compreensão do assunto, são antes o fator que cria e molda o tema, bem como os sujeitos que dedicam-se ao seu estudo[445].

Os direitos de propriedade intelectual um dia foram brutalmente impostos à sociedade como forma de fortalecer, organizar e tornar mais econômico o exercício do poder por parte de determinados atores dentro da sociedade[446]. Do mesmo modo, a cultura livre para se impor deverá utilizar-se de ações organizadas de resistência não somente no âmbito retórico, mas também através de ações concretas visando alternativas viáveis (como o GNU/Linux e a licença GPL) ao modelo estabelecido.

O saber realiza um importante papel neste contexto como forma de reunir indivíduos em torno de ideais comuns que possibilitem uma resistência sistemática e organizada, capaz de concretizar ameaças concretas ao sistema estabelecido. Neste sentido, este trabalho serve como um alerta à sociedade quanto à opressão que hoje tornou-se latente nos discursos manifestos de manutenção das

---

445 "O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade." In FOUCAULT, Michel, op. cit., nota 1, p. 27.

446 "*Large numbers of people connected with book trade went to jail. The statistics seem incredible to the modern eye, but during the 1750's 40 percent of those in Bastille were the because of offenses related to the book trade.*" Tradução livre: Grandes números de pessoas ligadas ao comércio de livros foram presas. As estatísticas parecem inacreditáveis aos olhos modernos, mas durante os anos cinqüenta do século XVIII, quarenta por cento dos internos da Bastilha lá estavam por conta de infrações relacionadas ao comércio de livros. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 31.

presentes estruturas. A sociedade deve estar consciente do caráter interessado dos saberes e dos direitos existentes em seu seio, deve-se abandonar qualquer pretensão de neutralidade que levem a uma postura morna de resignação e aceitação. Conhecimento é conflito, é luta. Alguns atores já reconhecem expressamente este seu caráter há muito tempo e foi o que lhes permitiu organizarem-se em torno de seus objetivos e interesses pessoais que facilitaram a imposição de suas perspectivas. Cabe agora ao restante da sociedade deixar de lado a visão utópica de progresso, evolução do direito e do saber, para que possa defender propriamente seus interesses.

Neste contexto, o tema aqui exposto torna-se ainda mais relevante para os países em desenvolvimento, ainda que de uma maneira geral interesse à toda a humanidade, já que são os desenvolvidos os grandes beneficiários do sistema que nos últimos séculos foi inventado e nos últimos anos aperfeiçoado[447]. O modo como os juristas e advogados por aqui estudam, compreendem e trabalham o direito tem efeitos diretos em suas ações, opiniões e capacidade de reação quando confrontados com as idéias provenientes de outras terras[448].

O software livre tem o condão de mudar as bases de exercício do poder, o que interessa sobremaneira os excluídos do sistema, tanto em aspecto geral (os não-desenvolvidos), como em escala microeconômica. Mas não se pode esperar que este modelo conquiste seu espaço somente por conta de sua melhor adequação ética, devem haver indivíduos trabalhando e resistindo ao paradigma atual de desenvolvimento de software, não apenas no plano filosófico, mas no plano prático. Somente desta forma a subcultura do movimento livre tem alguma chance de prevalecer em confronto com os interesses privados de atores específicos organizados em torno da manutenção de seu próprio poder.

---

447 "*The puzzle deepens when it is realized that in immediate trade terms the globalization of intellectual property really only benefited the US and to a lesser extent the European Community.*" O quebra-cabeça aprofunda-se quando se se apercebe que, em termos imediatos, a globalização da propriedade intelectual somente beneficiou os Estados unidos e, em menor medida, a Comunidade Européia. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 11.

448 "*Lawyers in developing countries, for example, who had multinationals for clients could be counted on to argue that TRIPS would make their developing country economy a truly modern one. All this information created a veil of ignorance in many developing countries.*" Tradução livre: Advogados nos países em desenvolvimento, por exemplo, que tem multinacionais como clientes, serviam como fautores dos benefícios que o TRIPS traria aos seus países, tornando-se suas economias verdadeiramente modernas. Toda esta informação criou um véu de ignorância em muitos países em desenvolvimento. In DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, op. cit., nota 4, p. 191.

BIBLIOGRAFIA

ALSHAMLAN, Abdulrahman Sultan, *Does Internet Affect Software Copyright?*, Social Science Research Network (SSRN), agosto de 2003, acessível pelo site http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894574, acessado em 11/07/2007.

BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (coord.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006.

BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

_____, Maristela, *Propriedade Intelectual na Era pós-OMC: Especial Referência aos Países Latino-Americanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

BARTON, John (coord), *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, estudo realizado pela *Commission on Intellectual Property* para o governo do Reino Unido, 2002, acessível pelo site <http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm>, versão em português <http://www.iprcommission.org/graphic/Portuguese_Intro.htm>.

BERTRAND, André, *La protection des logicels*, trad. port. de V. Dresch, *A Proteção Jurídica dos Programas de Computador*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996

BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de Autor*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado da Propriedade Industrial,* Vol. I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais,1982.

CHAVES, Antônio, *Direitos Autorais na Computação de Dados: Software, Circuitos Integrados, Videojogos, Embalagem Criativa, Duração dos Direitos Conexos*, São Paulo, LTr, 1996.

COHEN, Julie, e LEMLEY, Mark, *Patent Scope and Innovation in the Software Industry*, in *California Law Review*, vol. 89, p. 8, 2001, acessível pelo site <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=282790>.

COSTA NETTO, José Carlos, *Direito Autoral no Brasil*, in BICUDO, Hélio (coord.), *Coleção Juristas da Atualidade*, São Paulo, FTD, 1998.

DAVIES, William, e WITHERS Kay, *Public Innovation: Intelectual Property in a Digital Age*, relatório do Institute for Public Policy Research (IPPR) do Reino Unido, 2006, acessível pelo site <http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=495>.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*, 4° vol., 4a. ed., São Paulo, Saraiva, 1987.

DOMINGUES, Douglas Gabriel, *Direito Industrial: Patentes*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

DRAHOS, Peter, e BRAITHWAITE, John, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, New York, New Press, 2007.

FEKETE, Eizabeth Edith G. Kasnar, *Perfil do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro: Identificação e Análise Crítica*, Tese de Doutorado (Apresentada ao Departamento de Direito Comercial da FDUSP em 06/1999), São Paulo, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 4a. Ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel, *La Vérité et les Formes Juridiques*, trad. port. de R. C. M. Machado e E. J. Morais, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Nau, 2005.

_____, *L'archéologie du Savoir*, trad. Port. de L. F. B. Neves, *A Arqueologia do Saber*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.

FREUD, Sigmund, *Das Ich und das Es*, trad. port. de J. O. A. Abreu, *O Ego e o Id*, Rio de Janeiro, Imago, 1997.

_____, *Die Traumdeutung*, trad. port. de W. I. de Oliveira, *A Interpretação dos Sonhos*, São Paulo, Círculo do Livro, 1987.

GELLER, Paul Edward, *Copyright History and the Future: What's Culture Got to Do with It?*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 47, 2000, acessível pelo site

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=243115&high=%20history%20of%20copyright>.

GOMES, Orlando *et al.*, *A Proteção Jurídica do Software*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

Gowers, Andrew, Gowers Review on Intellectual Property, Norwich, Stationery Office, 2006, acessível pelo site <http://www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/gowers_review_intellectual_property/gowersreview_index.cfm>.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.

GUESSER, Adalto Herculano, *Software Livre & Controvérsias Tecnocientíficas: Uma Análise Sociotécnica no Brasil e em Portugal*, Curitiba, Juruá, 2006.

HAMMES, Bruno Jorge, *O Direito de Propriedade Intelectual*, 3ª ed., São Leopoldo, Unisinos, 2002.

HOUAISS, Antônio, *Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

JUNG, Carl Gustav, *Zwei Schriften über Analytsche Psychologie: Die Beziehungen zwischen den Ich und dem Unbewussten*, trad. port. de D. F. da Silva, *O Eu e o Inconsciente*, 19ª ed., Petrópolis, Vozes, 2006.

LANDES, William M., e POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University, Cambridge, 2003.

LANIER, Jaron, *Piracy is Your Friend*, in *New York Times*, New York, 9 de maio de 1999, acessível pelo site <http://www.maui.net/~zen_gtr/zgzinepg4.html>.

LEMOS, Ronaldo, *Direito, Tecnologia e Cultura*, Rio de Janeiro, FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Ciberspace*, New York, Basic Books, 1999.

_____, *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, New York, Penguin, 2004.

_____, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Vintage Books, 2002.

LÉVY, Pierre, *L'intelligence collective: Pour une Anthropologie du Cyberspace*, 1994, trad. port. de L. P. Rouanet, *A Inteligência Coletiva: Por uma Antropologia do Ciberespaço*, 4a. ed., São Paulo, Loyola, 2003.

LEVY, Steven, *Hackers: Heroes of the Computer Revolution*, New York, Penguin Books, 2001.

LIPTON, Jacqueline D., *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for Software Protection*, in Hastings Law Journal, Fall, 2006, acessível pelo site

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=901604>.

LUCAS, André, e LUCAS, H. J., *Traité de la Propriété Litteraire et Artistique*, Paris, Litec, 1994.

LUCAS-SCHOLOETTER, A., *Droit Moral e Droits de la Personnalité: Étude de Droit Comparé Français et Allemand*, Tome I, Aix-en-Provence Cedex 1, Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

LYOTARD, Jean-François, *La Condition Postmoderne*, trad, port. de R. C. Barbosa, *A Condição pós-Moderna*, 9ª ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 2006.

MANN, Ronald J., *Do Patents Facilitate Financing in the Software Industry?*, in *Texas Law Review*, vol. 83, n. 4, de março de 2005, disponível em PDF gratuitamente no site <http://ssrn.com/abstract=510103>.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*, 3° vol., 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

NORTON, Peter, *Inside the IBM PC: Access to advanced features and programming*, 1986, trad. port. de D. Vieira, *Desvendando o IBM PC: Acesso a Características Avançadas e Programação*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Campus, 1988.

NORTON, Peter, e WILTON, Richard, *The New Peter Norton Programmer's Guide to the IBM PC and PS/2*, 1985, trad. port. de D. Vieira, *Novo Guia Peter Norton para programadores do IBM PC e PS/2,* Rio de Janeiro, Campus, 1991.

PARIS, Thomas, *Le Droit D'auteur: L'idéologie et le systeme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital,* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Stvdia Ivridica 55*, Coimbra, Coimbra, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*, Tomo XVI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

SANTIAGO, Oswaldo, *Aquarela do Direito Autoral*, Rio de Janeiro, Gráfico Mangione, 1946.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos, *Objeto e Limites da Proteção Autoral de Programas de Computador*, Tese de Doutorado (Apresentada ao Departamento de Direito Civil da FDUSP em 27/08/2003), São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

STALLMAN, Richard M., GAY, Joshua e LESSIG, Lawrence, *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston, GNU, 2002.

VAIDHYANATHAN, Siva, *Between Pragmatism and Anarchism: The American Copyright Revolt Since 1998*, in M. Halbert, Free Culture and the Digital Library Symposium Proceedings, Atlanta, 2005,

acessível pelo site <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=827824>.

WACHOWICZ, Marcos, *O Programa de Computador e sua Proteção no Brasil*, 2001, acessível pelo site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530>.

ZAMUDIO, Teodora, *Protección Jurídica de las Innovaciones: Patentes, DOV's, Genoma Humano, Biodiversidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001.

SITES

http://en.wikipedia.org/wiki/Intellectual_property, acessado em 10/01/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Free_software, acessado em 22/02/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/SHARE_%28computing%29, acessado em 22/02/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/DECUS, acessado em 22/02/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_culture, acessado em 22/02/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_definition_controversy, acessado em 22/02/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Computer, acessado em 07/03/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Personal_computer, acessado em 08/03/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Microcomputer, acessado em 08/03/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Stallman, acessado em 04/04/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Free_Software_Foundation, acessado em 04/04/2007.

http://www.fsf.org/, acessado em 04/04/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Linus_Torvalds, acessado em 04/04/2007.

http://www.novell.com/linux/, acessado em 04/04/2007.

http://www.openoffice.org/, acessado em 04/04/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Computer_virus, acessado em 10/07/2007.

http://www.opensource.org/, acessado em 11/07/2007.

http://fsfeurope.org/documents/wiwo.en.html, acessado em 03/08/2007.

http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=495, acessado em 03/08/2007.

http://badvista.fsf.org/, acessado em 07/08/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Scramble_System, acessado em 07/08/2007.

http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Protection_for_Prerecorded_Media, acessado em 07/08/2007.

http://www.gentoobr.org/, acessado em 07/08/2007.

http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view, acessado em 07/08/2007.

http://www.mozilla.org.br/, acessado em 07/08/2007.

http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/5144698.stm, acessado em 08/08/2007.

http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4945230.stm, acessado em 08/08/2007.

http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6078016.stm, acessado em 08/08/2007.

http://w3.bsa.org/brazil/press/newsreleases/Estado-perde-US-401-milhoes-com-pirataria.cfm, acessado em 13/08/2007.

http://subsol.c3.hu/subsol_2/contributors0/nimustext.html, acessado em 13/08/2007.

FILMOGRAFIA

ARCAND, Denis, *Les Invasions Barbaries*, Canadá, Astral Films, 2003.

HOWITT, Peter, *Antitrust*, Estados Unidos, Metro-Goldwyn-Meyer, 2001.

LONCRAINE, Richard, *Firewall*, Estados Unidos, Warner Bros Pictures, 2006.

SENA, Dominic, *Swordfish*, Estados Unidos, Jonathan Krane Group, 2001.

SOFTLEY, Iain, *Hackers*, Estados Unidos, Suftley, 1995.

WINKLER, Irwin, *The Net*, Estados Unidos, Columbia Home Video, 1995.

ANEXO

GNU Free Documentation License

This is an unofficial translation of the GNU Free Documentation License into Portuguese. It was not published by the Free Software Foundation, and does not legally state the distribution terms for document that uses the GNU FDL—only the original English text of the GNU FDL does that. However, we hope that this translation will help portuguese speakers understand the GNU FDL better.

Esta é uma tradução não-oficial da GNU Free Documentation License para o Português. Ela não foi publicada pela Free Software Foundation e não tem eficácia legal para os documentos distribuídos sob os termos da GNU FDL – somente o texto original em Inglês da GNU FDL possui esta eficácia. Entretanto, espera-se que esta tradução servirá de auxílio para um melhor entendimento de seus termos pelos falantes do idioma Português.

GNU Free Documentation License Version 1.2, November 2002 Copyright (C) 2000,2001,2002 Free Software Foundation, Inc. 51 Franklin St, Fifth Floor, Boston, MA 02110-1301 USA Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing it is not allowed.	**GNU Free Documentation License** Versão 1.2, novembro de 2002 Copyright (C) 2000,2001,2002 Free Software Foundation, Inc. 51 Franklin St, Fifth Floor, Boston, MA 02110-1301 USA Permite-se a reprodução exata e distribuição desta licença, sendo vedadas quaisquer alterações.
0. PREAMBLE The purpose of this License is to make a manual, textbook, or other functional and useful document "free" in the sense of freedom: to assure everyone the effective freedom to copy and redistribute it, with or without modifying it, either commercially or non-commercially. Secondarily, this License preserves for the author and publisher a way to get credit for their work, while not being considered responsible for modifications made by others. This License is a kind of "copyleft", which means	**0. PREÂMBULO** O propósito desta “Licença” é possibilitar que um manual, livro-texto ou outro documento útil e funcional torne-se “livre”, no sentido de que permaneçam asseguradas as liberdades de reproduzi-lo e redistribuí-lo, alterando-o ou não, com ou sem fins comerciais. Secundariamente, esta Licença preserva ao autor e ao editor um modo de conseguir créditos por suas obras, sem serem considerados responsáveis pela alterações realizadas por terceiros. Esta Licença é uma forma de “copyleft”

that derivative works of the document must themselves be free in the same sense. It complements the GNU General Public License, which is a copyleft license designed for free software.

We have designed this License in order to use it for manuals for free software, because free software needs free documentation: a free program should come with manuals providing the same freedoms that the software does. But this License is not limited to software manuals; it can be used for any textual work, regardless of subject matter or whether it is published as a printed book. We recommend this License principally for works whose purpose is instruction or reference.

1. APPLICABILITY AND DEFINITIONS

This License applies to any manual or other work, in any medium, that contains a notice placed by the copyright holder saying it can be distributed under the terms of this License. Such a notice grants a world-wide, royalty-free license, unlimited in duration, to use that work under the conditions stated herein. The "Document", below, refers to any such manual or work. Any member of the public is a licensee, and is addressed as "you". You accept the license if you copy, modify or distribute the work in a way requiring permission under copyright law.

A "Modified Version" of the Document means

(“permissão de cópia”), com o que se quer significar que obras derivadas da obra objeto desta Licença devem, elas próprias, ser livres em igual significado. Ela complementa complementa a GNU General Public License, a qual é uma licença de permissão de cópia elaborada para softwares livres.

Esta Licença foi elaborada com a finalidade de ser usada para manuais de software livre, vez que ao software livre é necessária uma documentação livre: um programa livre deveria vir com manuais que provessem as mesmas liberdades que o software provê. Todavia, esta Licença não se restringe a manuais de software; ela pode ser usada para qualquer obra literária, independentemente do seu conteúdo ou forma de publicação. Recomenda-se o uso desta Licença, principalmente, para obras cujo objetivo seja a instrução ou a referência.

1. APLICABILIDADE E DEFINIÇÕES

Esta Licença aplica-se a qualquer manual ou outra obra, inserida em qualquer meio, a qual contenha um aviso pelo detentor de direitos autorais sobre ela dispondo que a mesma pode ser distribuída sob os termos desta Licença. Tal aviso garante uma licença desonerada do pagamento de *royalties,* com validade mundial e prazo ilimitado, para usar a obra objeto da Licença sob os termos e condições aqui previstos. O “Documento”, abaixo, refere-se ao manual ou obra objeto desta Licença. Qualquer membro do público é um licenciado (o “Licenciado”). O Licenciado aceita a Licença se reproduzir, alterar ou distribuir o Documento de forma não autorizada segundo a Lei de Direitos Autorais.

Uma “Versão Alterada” do Documento significa

any work containing the Document or a portion of it, either copied verbatim, or with modifications and/or translated into another language.	uma obra que contenha o Documento ou parte dele, tanto exata como com alterações e/ou traduzida em outro idioma.
A "Secondary Section" is a named appendix or a front-matter section of the Document that deals exclusively with the relationship of the publishers or authors of the Document to the Document's overall subject (or to related matters) and contains nothing that could fall directly within that overall subject. (Thus, if the Document is in part a textbook of mathematics, a Secondary Section may not explain any mathematics.) The relationship could be a matter of historical connection with the subject or with related matters, or of legal, commercial, philosophical, ethical or political position regarding them.	Uma “Seção Secundária” é um apêndice com nome ou uma seção inicial do Documento que trate exclusivamente da relação dos editores ou autores do Documento com o tema (ou questões correlacionadas) e que seja despida de qualquer assunto com ele diretamente relacionado. Desta forma, se o Documento é em parte um livro-texto de matemática, uma Seção Secundária não deve tratar de matemática. A relação pode ser uma questão de conexão histórica com o tema ou assuntos relacionados ou de posições legais, comerciais, filosóficas, éticas ou poíticas a respeito deles.
The "Invariant Sections" are certain Secondary Sections whose titles are designated, as being those of Invariant Sections, in the notice that says that the Document is released under this License. If a section does not fit the above definition of Secondary then it is not allowed to be designated as Invariant. The Document may contain zero Invariant Sections. If the Document does not identify any Invariant Sections then there are none.	As “Seções Inalteráveis” são certas Seções Secundárias cujos títulos estão expresamente previstos como sendo tais, no aviso que dispõe que o Documento é distribuído sob os termos desta Licença. Se uma seção não se enquadra na definição acima de Secundária, então, não será permitida a sua designação de Inalterável. O Documento pode não conter quaisquer Seções Inalteráveis. Se o Documento não identific quaisquer Seções Inalteráveis, então, não há quaisquer que sejam.
The "Cover Texts" are certain short passages of text that are listed, as Front-Cover Texts or Back-Cover Texts, in the notice that says that the Document is released under this License. A Front-Cover Text may be at most 5 words, and a Back-Cover Text may be at most 25 words.	Os “Textos de Capa” são certas passagens de texto curtas que encontram-se listadas como Textos de Capa e Textos de Contracapa, no aviso que dispõe que o Documento é distribuído sob esta Licença. Um Texto de Capa pode conter no máximo 5 palavras e um Texto de Contracapa pode conter no máximo de 25 palavras.
A "Transparent" copy of the Document means a machine-readable copy, represented in a format whose specification is available to the general public, that is suitable for revising the document	Uma cópia “Transparente” do Documento significa uma cópia legível por uma máquina, apresentada em um formato cujas especificações encontram-se disponíveis ao público em geral, a

straightforwardly with generic text editors or (for images composed of pixels) generic paint programs or (for drawings) some widely available drawing editor, and that is suitable for input to text formatters or for automatic translation to a variety of formats suitable for input to text formatters. A copy made in an otherwise Transparent file format whose markup, or absence of markup, has been arranged to thwart or discourage subsequent modification by readers is not Transparent. An image format is not Transparent if used for any substantial amount of text. A copy that is not "Transparent" is called "Opaque".	qual possibilite a revisão imediata do Documento através de editores de texto genéricos, ou (para imagens compostas de pixels) programas de edição de imagem genéricos ou (para desenhos) algum editor de desenhos largamente disponível, e a qual possibilite a inserção em formatadores de textos ou a tradução automática em formatos que possibilitem a inserção em uma variedade de formatadores de texto. Uma cópia realizada em outro formato de arquivo Transparente cuja marcação, ou sua ausência, tenha sido elaborada para impedir ou desencorajar alterações subseqüentes por leitores não é Transparente. Um formato de imagem não é Transparente se utilizado para uma quantidade substancial de texto. Uma cópia não transparente é chamada de “Opaca”.
Examples of suitable formats for Transparent copies include plain ASCII without markup, Texinfo input format, LaTeX input format, SGML or XML using a publicly available DTD, and standard-conforming simple HTML, PostScript or PDF designed for human modification. Examples of transparent image formats include PNG, XCF and JPG. Opaque formats include proprietary formats that can be read and edited only by proprietary word processors, SGML or XML for which the DTD and/or processing tools are not generally available, and the machine-generated HTML, PostScript or PDF produced by some word processors for output purposes only.	Exemplos de formatos que tornam uma cópia Transparente incluem ASCII puro, sem marcação, formato de entrada Textoinfo, formato de entrada LaTeX, SGML ou XML quando utilizado um DTD publicamente disponível e HTML padrão simples, PostScrip ou PDF elaborados para modificação humana. Exemplos de formatos transparentes de imagem incluem PNG, XCF e JPG. Formatos Opacos incluem os formatos proprietários que podem ser lidos e editados somente por editores de texto também proprietários, SGML ou XML para os quais DTD e/ou ferramentas de processo não se encontram disponíveis em caráter genérico, e o HTML criado por máquinas, PostScript ou PDF elaborados somente com finalidade de saída por alguns editores de texto apenas.
The "Title Page" means, for a printed book, the title page itself, plus such following pages as are needed to hold, legibly, the material this License requires to appear in the title page. For works in formats which do not have any title page as such, "Title Page" means the text near the most	“Página do Título” significa, para um livro impresso, a própria página do título, acrescida das páginas seguintes necessárias para conter, de maneira legível, o material que esta Licença requer que apareça na Página o Título. Para obras em formatos que não possuam página do título

prominent appearance of the work's title, preceding the beginning of the body of the text.

A section "Entitled XYZ" means a named subunit of the Document whose title either is precisely XYZ or contains XYZ in parentheses following text that translates XYZ in another language. (Here XYZ stands for a specific section name mentioned below, such as "Acknowledgements", "Dedications", "Endorsements", or "History".) To "Preserve the Title" of such a section when you modify the Document means that it remains a section "Entitled XYZ" according to this definition.

The Document may include Warranty Disclaimers next to the notice which states that this License applies to the Document. These Warranty Disclaimers are considered to be included by reference in this License, but only as regards disclaiming warranties: any other implication that these Warranty Disclaimers may have is void and has no effect on the meaning of this License.

2. VERBATIM COPYING

You may copy and distribute the Document in any medium, either commercially or noncommercially, provided that this License, the copyright notices, and the license notice saying this License applies to the Document are reproduced in all copies, and that you add no other conditions whatsoever to those of this License. You may not use technical measures to obstruct or control the reading or further copying of the copies you make or distribute. However, you may accept compensation in exchange for copies. If you distribute a large enough number of

como tal, a Página do Título significa o texto com aspecto mais próximo ao título da obra, anterior ao começo do texto de corpo.

Uma seção “Intitulada XYZ” significa uma subunidade do Documento cujo título ou é exatamente XYZ ou contém XYZ entre parênteses em seguida do texto que traduz XYZ em outro idioma. Aqui XYZ representa do nome de uma seção específica citada abaixo, tais como “Agradecimentos”, “Dedicatória”, “Apoio”, ou “Histórico”. Para “Preservar o Título” de tais seções quando o Licenciado alterar o Documento significa que ele permanecerá uma seção “Intitulada XYZ” de acordo com esta definição.

O Documento pode conter Cláusulas de Isenção de Responsabilidade em seguida ao aviso que dispõe que esta Licença aplica-se a ele. Estas Cláusulas de Isenção de Responsabilidade são tidas como inclusas, por referência, nesta Licença, mas somente com fins de limitação da responsabilidade; quaisquer outras implicações que estas cláusulas venham a ter são ilícitas e sem efeitos perante esta Licença.

2. CÓPIAS EXATAS

Ao Licenciado é permitido reproduzir e distribuir o Documento em qualquer meio, tanto comercialmente como não-comercialmente, desde que esta Licença, o aviso de direitos autorais e o aviso de licença, dispondo que esta Licença aplica-se ao Documento, sejam reproduzidos em todas as cópias, e que não sejam adicionadas quaisquer outras condições àquelas desta Licença. Ao Licenciado não é permitido o uso de medidas técnicas para obstruir o controle sobre a leitura ou reprodução subseqüente das cópias que ele realizar ou distribuir. Todavia, ao Licenciado faculta-se o

copies you must also follow the conditions in section 3.

recebimento de contraprestação em troca das cópias. Se o Licenciado distribuir um número suficientemente elevado de cópias, ele deverá também cumprir o disposto na seção 3.

You may also lend copies, under the same conditions stated above, and you may publicly display copies.

Ao Licenciado é permitido o empréstimo de cópias sob as mesmas condições acima, bem como é permitida a exibição pública das cópias.

3. COPYING IN QUANTITY

3. REPRODUÇÃO EM LARGA ESCALA

If you publish printed copies (or copies in media that commonly have printed covers) of the Document, numbering more than 100, and the Document's license notice requires Cover Texts, you must enclose the copies in covers that carry, clearly and legibly, all these Cover Texts: Front-Cover Texts on the front cover, and Back-Cover Texts on the back cover. Both covers must also clearly and legibly identify you as the publisher of these copies. The front cover must present the full title with all words of the title equally prominent and visible. You may add other material on the covers in addition. Copying with changes limited to the covers, as long as they preserve the title of the Document and satisfy these conditions, can be treated as verbatim copying in other respects.

Se o Licenciado publicar cópias impressas (ou cópias em um meio que comumente possui capas impressas) do Documento, em número superior a 100 cópias, e o aviso de Licença exigir Textos de Capa, o Licenciado deverá encadernar as cópias em capaz que reproduzam, de forma clara e legível, todos os Textos de Capa: Textos de Capa na capa e Textos de Contracapa na contracapa. Ambas as capas deverão, ainda, de forma também clara e legível, identificar o Licenciado como o Editor de tais cópias. A Capa deverá apresentar o título completo com todas as palavras do título igualmente chamativas e visíveis. O Licenciado poderá adicionar outros materiais às capas. As cópias cujas alterações limitem-se às capas, desde que preservem o título do Documento e satisfaçam estas condições, podem ser consideradas cópias exatas sob outros aspectos.

If the required texts for either cover are too voluminous to fit legibly, you should put the first ones listed (as many as fit reasonably) on the actual cover, and continue the rest onto adjacent pages.

Se os textos necessários para qualquer das capas for muito extenso para ser enquadrado de forma legível, o Licenciado deverá dispor as primeiras listadas (tantas quantas enquadrarem-se de maneira legível) na capa, continuando com as demais nas páginas subseqüentes.

If you publish or distribute Opaque copies of the Document numbering more than 100, you must either include a machine-readable Transparent

Se o Licenciado publicar ou distribuir cópias Opacas do Documento em número superior a 100, deverá incluir também uma cópia Transparente

copy along with each Opaque copy, or state in or with each Opaque copy a computer-network location from which the general network-using public has access to download using public-standard network protocols a complete Transparent copy of the Document, free of added material. If you use the latter option, you must take reasonably prudent steps, when you begin distribution of Opaque copies in quantity, to ensure that this Transparent copy will remain thus accessible at the stated location until at least one year after the last time you distribute an Opaque copy (directly or through your agents or retailers) of that edition to the public.

legível por máquina juntamente com a cópia Opaca ou, subsidiariamente, dispor na ou com cada cópia Opaca uma localização em rede de computadores à qual o público geral usuário de redes de computadores possa acessar ou obter uma cópia Transparente completa, livre de quaisquer materiais adicionais, usando padrões públicos de protocolos de rede. Se o Licenciado optar pela última, deverá tomar os cuidados razoavelmente prudentes, quando do início da distribuição de cópias Opacas em larga escala, a assegurar que esta cópia Transparente permaneça acessível na localização disposta por pelo menos um ano após a distribuição da última dentre as cópias Opacas (feita de forma direta ou indireta, por agentes ou distribuidores) daquela edição ao público.

It is requested, but not required, that you contact the authors of the Document well before redistributing any large number of copies, to give them a chance to provide you with an updated version of the Document.

É solicitado, mas não exigido, que o Licenciado contate os autores do Documento antes de redistribuírem cópias em larga escala, de forma a dar-lhes chance de fornecer ao Licenciado uma cópia atualizada do Documento.

4. MODIFICATIONS

4. ALTERAÇÕES

You may copy and distribute a Modified Version of the Document under the conditions of sections 2 and 3 above, provided that you release the Modified Version under precisely this License, with the Modified Version filling the role of the Document, thus licensing distribution and modification of the Modified Version to whoever possesses a copy of it. In addition, you must do these things in the Modified Version:

O Licenciado pode reproduzir e distribuir uma Versão Alterada do Documento sob os termos e condições das seções 2 e 3 acima, desde que distribua sob esta exata Licença, com a Versão Alterada em lugar do Documento, de forma a licenciar a distribuição e alteração da Versão Alterada a qualquer um que possua uma cópia dela. Deverá, ainda, na Versão Alterada, cumprir as seguintes condições:

A. Use in the Title Page (and on the covers, if any) a title distinct from that of the Document, and from those of previous versions (which should, if there were any, be listed in the History section of the Document). You may use the same

A. Fazer uso na Página do Título (e nas capas, quando houver) um título distinto daquele do Documento e daqueles de versões anteriores (os quais deverão, se houver, ser listados na seção de Histórico do Documento). O Licenciado poderá

title as a previous version if the original publisher of that version gives permission;	fazer uso do título de uma versão anterior quando autorizado pelo editor original da versão;
B. List on the Title Page, as authors, one or more persons or entities responsible for authorship of the modifications in the Modified Version, together with at least five of the principal authors of the Document (all of its principal authors, if it has fewer than five), unless they release you from this requirement;	**B.** Fazer constar, na Página do Título, como autores, uma ou mais pessoas ou entidades responsáveis pela autoria das alterações realizadas na Versão Alterada, juntamente com, no mínimo, 5 (cinco) dentre os principais autores (todos eles, caso houver menos de cinco), exceto quando por estes desincumbido deste requisito;
C. State on the Title page the name of the publisher of the Modified Version, as the publisher;	**C.** Dispor, na Página do Título, o nome do Editor da Versão Alterada, como editor;
D. Preserve all the copyright notices of the Document;	**D.** Preservar todos os avisos de direitos autorais do Documento;
E. Add an appropriate copyright notice for your modifications adjacent to the other copyright notices;	**E.** Inserir um aviso adequado de direitos autorais para as alterações do Licenciado, próxima aos demais avisos desta natureza;
F. Include, immediately after the copyright notices, a license notice giving the public permission to use the Modified Version under the terms of this License, in the form shown in the Addendum below;	**F.** Incluir, imediatamente após os avisos de direitos autorais, um aviso de licença dando permissão pública ao uso da Versão Alterada sob os termos desta Licença, do modo disposto no “Adendo” abaixo;
G. Preserve in that license notice the full lists of Invariant Sections and required Cover Texts given in the Document's license notice;	**G.** Preservar, neste aviso de licença, a lista completa de Seções Inalteráveis e Texto de Capa exigidos no aviso de Licença do Documento;
H. Include an unaltered copy of this License;	**H.** Incluir uma cópia inalteradadesta Licença;
I. Preserve the section Entitled "History", Preserve its Title, and add to it an item stating at least the title, year, new authors, and publisher of the Modified Version as given on the Title Page. If there is no section Entitled "History" in the Document, create one stating the title, year, authors, and publisher of the Document as given	**I.** Preservar a seção intitulada “Histórico”, preservar seu Título, e acrescer a ela um item constando, no mínimo, o título, ano, novos autores e editor da Versão Alterada, do modo disposto na Página do Título. Se não houver uma seção intitulada “Histórico” no Documento, criar uma fazendo constar o título, ano, autores e editor do

on its Title Page, then add an item describing the Modified Version as stated in the previous sentence;	Documento, da forma disposta em sua Página do Título e, então, inserir um item descrevendo a Versão Alterada, conforme disposto acima;
J. Preserve the network location, if any, given in the Document for public access to a Transparent copy of the Document, and likewise the network locations given in the Document for previous versions it was based on. These may be placed in the "History" section. You may omit a network location for a work that was published at least four years before the Document itself, or if the original publisher of the version it refers to gives permission;	**J.** Preservar a localização na rede, quando houver, disposta no Documento para acesso pelo público a uma cópia Transparente do Documento e, da mesma forma, os localização na rede disposta no Documento para versões anteriores, nas quais ele se baseou. Estas podem ser inseridas na seção Histórico. O Licenciado poderá omitir a localização na rede de para uma obra que tenha sido publicada há, pelo menos, 4 (quatro) anos antes do Documento, ou quando o editor da referida versão der-lhe permissão explícita para tanto;
K. For any section Entitled "Acknowledgements" or "Dedications", Preserve the Title of the section, and preserve in the section all the substance and tone of each of the contributor acknowledgements and/or dedications given therein;	**K.** Para qualquer seção intitulada “Agradecimento” ou “Dedicatória”, preservar o Título da seção, bem como, ao longo da seção, toda substância e tom de cada agradecimento aos colaboradores e/ou dedicatórias nela dispostas;
L. Preserve all the Invariant Sections of the Document, unaltered in their text and in their titles. Section numbers or the equivalent are not considered part of the section titles;	**L.** Preservar todas as Seções Inalteráveis do Documento, inalteradas em seus título e corpo. Números das seções ou seus equivalentes não são considerados parte do título da seção;
M. Delete any section Entitled "Endorsements". Such a section may not be included in the Modified Version;	**M.** Apagar qualquer Seção Intitulada “Apoio”. Tal seção não pode ser incluída na Versão Alterada;
N. Do not retitle any existing section to be Entitled "Endorsements" or to conflict in title with any Invariant Section;	**N.** Não alterar o título de uma seção existente intitulada Apoio ou de forma a entrar em conflito com alguma Seção Inalterável;
O. Preserve any Warranty Disclaimers.	**O.** Preservar quaisquer Cláusulas de Isenção de Responsabilidade.
If the Modified Version includes new front-matter sections or appendices that qualify as Secondary	Se a Versão Alterada incluir novas seções iniciais ou apêndices que se enquadrem no conceito de

Sections and contain no material copied from the Document, you may at your option designate some or allof these sections as invariant. To do this, add their titles to the list of Invariant Sections in the Modified Version's license notice. These titles must be distinct from any other section titles.	Seção Secundária e não contenham materiais copiados do Documento, o Licenciante poderá, a seu critério, tornar estas seções inalteráveis. Para fazê-lo, deverá acrescentar seus títulos à lista de Seções Inalteráveis no aviso de licença da Versão Modificada. Seus títulos deverão ser distintos de quaisquer outros.
You may add a section Entitled "Endorsements", provided it contains nothing but endorsements of your Modified Version by various parties--for example, statements of peer review or that the text has been approved by an organization as the authoritative definition of a standard.	O Licenciado poderá inserir uma seção intitulada “Apoio”, desde que ela contenha somente menção aos apoiadores de sua Versão Alterada por vários sujeitos – por exemplo, notas do revisor ou de que o texto foi aprovado por dada organização responsável pela definição de padrões de qualidade.
You may add a passage of up to five words as a Front-Cover Text, and a passage of up to 25 words as a Back-Cover Text, to the end of the list of Cover Texts in the Modified Version. Only one passage of Front-Cover Text and one of Back-Cover Text may be added by (or through arrangements made by) any one entity. If the Document already includes a cover text for the same cover, previously added by you or by arrangement made by the same entity you are acting on behalf of, you may not add another; but you may replace the old one, on explicit permission from the previous publisher that added the old one.	O Licenciado poderá inserir uma trecho de, no máximo, 5 (cinco) palavras como Texto de Capa e outra de, no máximo, 25 (vinte e cinco) como Texto de Contracapa, ao fim da lista de Textos de Capa da Versão Alterada. Somente um trecho do Texto de Capa e um do Texto de Contracapa poderão ser inseridos por (ou por meio de acordos feitos por) qualquer entidade. Se o Documento já incluir um texto de capa para a mesma capa, inserido anteriormente pelo Licenciado ou segundo os termos de acordo celebrado entre o Licenciado e a mesma entidade em nome da qual ele atua, será vedado inserir outra; será, contudo, lícito permutar a anterior, quando expressamente autorizado pelo editor da anterior.
The author(s) and publisher(s) of the Document do not by this License give permission to use their names for publicity for or to assert or imply endorsement of any Modified Version.	O(s) autor(es) e editor(es) do Documento não outorgam permissão, através desta Licença, para que sejam usados seus nomes em publicidade para ou de forma a implicar apoio a qualquer Versão Alterada.
5. COMBINING DOCUMENTS	**5. COMBINAÇÃO DE DOCUMENTOS**

You may combine the Document with other documents released under this License, under the terms defined in section 4 above for modified versions, provided that you include in the combination all of the Invariant Sections of all of the original documents, unmodified, and list them all as Invariant Sections of your combined work in its license notice, and that you preserve all their Warranty Disclaimers.	O Licenciado poderá combinar o Documento com qualquer outro documento distribuído sob esta Licença, sob os termos estipulados na seção 4 acima para versões alteradas, desde que inclua na combinação todas as Seções Inalteráveis de todos os documentos originais, inalteradas, e listadas como Seções Inalteráveis no aviso de licença da obra combinada, bem como preservadas todas as Cláusulas de Isenção de Responsabilidade.
The combined work need only contain one copy of this License, and multiple identical Invariant Sections may be replaced with a single copy. If there are multiple Invariant Sections with the same name but different contents, make the title of each such section unique by adding at the end of it, in parentheses, the name of the original author or publisher of that section if known, or else a unique number. Make the same adjustment to the section titles in the list of Invariant Sections in the license notice of the combined work.	A obra combinada deve conter somente uma cópia desta Licença, e múltiplas Seções Inalteráveis devem ser substituídas por uma única cópia. Se houver múltiplas Seções Inalteráveis com o mesmo nome, mas conteúdos diferentes, deverá tornar único o título de cada seção, inserindo ao seu final, entre parênteses, o nome do autor original ou editor daquela seção, quando conhecido, ou, subsidiariamente, um número único. Deverá, também, realizar as mesmas alterações aos títulos das seções na lista de Seções Inalteráveis constante do aviso de licença da obra combinada.
In the combination, you must combine any sections Entitled "History" in the various original documents, forming one section Entitled "History"; likewise combine any sections Entitled "Acknowledgements", and any sections Entitled "Dedications". You must delete all sections Entitled "Endorsements".	Na combinação, o Licenciado deve combinar quaisquer seções intituladas “Histórico” dos diversos documentos originais, unificando-as; da mesma maneira, deverá combinar quaisquer seções intituladas “Agradecimento”, bem como “Dedicatória”. O Licenciado deverá apagar quaisquer seções intituladas “Apoio”.
6. COLLECTIONS OF DOCUMENTS	**6. COLEÇÕES DE DOCUMENTOS**
You may make a collection consisting of the Document and other documents released under this License, and replace the individual copies of this License in the various documents with a single copy that is included in the collection, provided that you follow the rules of this License	O Licenciado poderá fazer uma coleção a partir do Documento e outros documentos distribuídos sob esta Licença e substituir a Licença dos diversos documentos por uma única cópia incluída na coleção, desde que cumprindo os termos e condições desta Licença para cópias exatas de

for verbatim copying of each of the documents in all other respects.

cada um dos documentos em todos os demais aspectos.

You may extract a single document from such a collection, and distribute it individually under this License, provided you insert a copy of this License into the extracted document, and follow this License in all other respects regarding verbatim copying of that document.

O Licenciado poderá retirar um documento isolado de tal coleção e distribuí-lo individualmente sob esta Licença, desde que insira uma cópia desta Licença no documento retirado da coleção e cumpra os termos e condições desta Licença em todos os demais aspectos concernentes à reprodução exata daquele documento.

7. AGGREGATION WITH INDEPENDENT WORKS

7. AGREGAÇÃO COM OBRAS INDEPENDENTES

A compilation of the Document or its derivatives with other separate and independent documents or works, in or on a volume of a storage or distribution medium, is called an "aggregate" if the copyright resulting from the compilation is not used to limit the legal rights of the compilation's users beyond what the individual works permit. When the Document is included in an aggregate, this License does not apply to the other works in the aggregate which are not themselves derivative works of the Document.

Uma compilação do Documento ou de seus derivados com outro que lhe seja separado e independente, em um ou junto a um volume de armazenamento ou meio de distribuição, é chamado de “agregado”, se o direito de autor resultante da compilação não for utilizado para limitar os direitos legais dos usuários da compilação, além daquilo que permitem as obras individualmente consideradas. Quando o Documento for incluído em um agregado, esta licença não se aplica às suas demais obras que não forem, elas próprias, obras derivadas do Documento.

If the Cover Text requirement of section 3 is applicable to these copies of the Document, then if the Document is less than one half of the entire aggregate, the Document's Cover Texts may be placed on covers that bracket the Document within the aggregate, or the electronic equivalent of covers if the Document is in electronic form. Otherwise they must appear on printed covers that bracket the whole aggregate.

Se a exigência do Texto de Capa da seção 3 for aplicável a estas cópias do Documento, então, se o Documento for inferior à metade do agregado, o Texto de Capa do Documento poderá ser disposto nas capas que encadernam o Documento dentro do agregado, ou seu equivalente eletrônico, quando este for seu formato. De outro modo, eles deverão constar nas capas impressas que encadernam o agregado inteiro.

8. TRANSLATION

Translation is considered a kind of modification, so you may distribute translations of the Document under the terms of section 4. Replacing Invariant Sections with translations requires special permission from their copyright holders, but you may include translations of some or all Invariant Sections in addition to the original versions of these Invariant Sections. You may include a translation of this License, and all the license notices in the Document, and any Warranty Disclaimers, provided that you also include the original English version of this License and the original versions of those notices and disclaimers. In case of a disagreement between the translation and the original version of this License or a notice or disclaimer, the original version will prevail.

If a section in the Document is Entitled "Acknowledgements", "Dedications", or "History", the requirement (section 4) to Preserve its Title (section 1) will typically require changing the actual title.

9. TERMINATION

You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Document except as expressly provided for under this License. Any other attempt to copy, modify, sublicense or distribute the Document is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties

8. TRADUÇÃO

A tradução é considerada uma espécie de alteração, de modo que é lícito ao Licenciado distribuir cópias do Documento sob os termos da seção 4. Para substituir as Seções Inalteráveis por suas traduções é necessária a obtenção de autorização especial dos detentores de direitos autorais, porém é facultada a inclusão de traduções das Seções Inalteráveis quando associadas às versões originais destas seções. O Licenciado poderá incluir uma tradução desta Licença e de todos os avisos de licença no Documento, bem como quaisquer Cláusulas de Isenção de Responsabilidade, desde que também inclua a verão original no idioma Inglês, juntamente com as versões originais dos avisos de licença e isenção de responsabilidade. Havendo quaisquer conflitos entre a tradução e sua versão original ou um aviso ou cláusula de isenção de responsabilidade, a versão original deverá prevalecer sobre a tradução.

Se uma seção do Documento for intitulada “Agradecimento”, “Dedicatória”, ou “Histórico”, a exigência (seção 4) de Preservar seu Título (seção 1) exigirá uma mudança em seu título real.

9. EXTINSÃO

O Licenciado não poderá reproduzir, alterar, sublicenciar ou distribuir o Documento exceto segundos os termos e condições desta Licença. Quaisquer outras formas são consideradas ilícitas e implicarão na extinção de seus direitos sob esta Licença. Todavia, terceiros que tiverem obtido cópias ou direitos do Licenciado sob os termos e condições desta Licença não terão seus direitos igualmente extintos, desde que tais terceiros

remain in full compliance.

10. FUTURE REVISIONS OF THIS LICENSE

The Free Software Foundation may publish new, revised versions of the GNU Free Documentation License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns. See http://www.gnu.org/copyleft/

Each version of the License is given a distinguishing version number. If the Document specifies that a particular numbered version of this License "or any later version" applies to it, you have the option of following the terms and conditions either of that specified version or of any later version that has been published (not as a draft) by the Free Software Foundation. If the Document does not specify a version number of this License, you may choose any version ever published (not as a draft) by the Free Software Foundation.

ADDENDUM: How to use this License for your documents

To use this License in a document you have written, include a copy of the License in the document and put the following copyright and license notices just after the title page:

Copyright (c) YEAR YOUR NAME.
Permission is granted to copy, distribute and/or modify this document under the terms of the GNU Free Documentation License, Version 1.2 or any

respeitem integralmente os termos desta Licença.

10. FUTURAS REVISÕES DESTA LICENÇA

A Free Software Foundation poderá publicar novas e revisadas versões da GNU Free Documentation License de tempos em tempos. Tais novas versões serão semelhantes em espírito à presente versão, mas podem diferir em detalhes relativos a abordagem de novos problemas ou questões. Veja: http://www.gnu.org/copyleft/

Cada versão da Licença recebe um número distinto. Se o Documento especifica uma versão determinada da Licença “ou qualquer versão posterior” aplica-se a ele, o Licenciado pode obter por cumprir os termos e condições daquela determinada versão ou qualquer outra a ela posteriormente publicada (excluídos os rascunhos) pela Free Software Foundation. Se o Documento não especifica uma versão da Licença, o Licenciado poderá escolher qualquer versão já publicada (excluídos os rascunhos) pela Free Software Foundation.

ADENDO: Como utilizar esta Licença para os seus documentos

Para usar esta Licença em um documento de sua autoria, inclua uma cópia da Licença no documento e faça constar o seguintes avisos de direitos autorais e licença de uso, logo após a página do título:

Copyright (c) ANO SEU NOME
Garante-se a permissão para copiar, distribuir e/ou modificar este documento sob os termos da GNU Free Documentation License, Versão 1.2 ou

later version published by the Free Software Foundation; with no Invariant Sections, no Front-Cover Texts, and no Back-Cover Texts. A copy of the license is included in the section entitled "GNU Free Documentation License".	*outra posteriormente publicada pela Free Software Foundation; sem Seções Inalteráveis, sem Textos de Capa ou Contracapa. Uma cópia desta licença pode ser encontrada na seção intitulada "GNU Free Documentation License".*
If you have Invariant Sections, Front-Cover Texts and Back-Cover Texts, replace the "with...Texts." line with this:	Se houver Seções Inalteráveis, Textos de Capa ou Contracapa, substitua a oração "sem ... Contracapa" por:
with the Invariant Sections being LIST THEIR TITLES, with the Front-Cover Texts being LIST, and with the Back-Cover Texts being LIST.	*sendo Seções Invariáveis LISTE SEUS TÍTULOS, sendo os Textos de Capa LISTE e sendo os Textos de Contracapa LISTE.*
If you have Invariant Sections without Cover Texts, or some other combination of the three, merge those two alternatives to suit the situation.	Se houver Seções Inalteráveis, mas não houver Textos de Capa ou qualquer outra combinação dos três, misture as alternativas acima consoante a situação.
If your document contains nontrivial examples of program code, we recommend releasing these examples in parallel under your choice of free software license, such as the GNU General Public License, to permit their use in free software.	Se o documento contiver exemplos de código de software não triviais, é recomendado distribuir estes exemplos, em paralelo, de acordo com o seu critério, através de uma licença de software livre, tal como a GNU General Public License, de modo a permitir que sejam usados em softwares livres.